

العزيز في شرح الوجيز
وهو الشرح الكبير

للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي
(٥٥٥هـ - ٦٢٣هـ)



تتمة كتاب البيع إلى أثناء كتاب الرهن

حقق هذا الجزء
الدكتور إسماعيل بن إبراهيم يوكسك

راجعه ودققه وأشرف على إخراجه وقدم له
الأستاذ الدكتور محمد عبد الرحيم سلطان العلماء




بسم الله الرحمن الرحيم

العزيز في شرح الوجيز

العزيز في شرح الوجيز

وهو الشرح الكبير

تأليف : الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي

الطبعة الأولى : ١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

طبع بموجب إذن طباعة من المجلس الوطني للإعلام بدولة الإمارات
رقم (١٩٢٠٦) تاريخ (١٣/ ١٠/ ٢٠١٤م)



ص.ب: ٤٢٠٤٢ دبي - الإمارات العربية المتحدة
هاتف: ٢٦١٠٦٦٦ ٤ ٩٧١ +
فاكس: ٢٦١٠٠٨٨ ٤ ٩٧١ +
الموقع على الإنترنت : www.quran.gov.ae
البريد الإلكتروني : research@quran.gov.ae

قال[١] رحمه الله:

(البابُ الثالث: في الفسادِ من جهةِ النَّهي

والمناهي قسمان:

أحدُهما: ما يدلُّ على فسادِ العَقد، وذلك: كنهيِه عن بيعِ اللَّحمِ بالحيوان (ح)، وبيعِ ما لم يُقبَض، وبيعِ الطعامِ حتى يجريَ فيه الصَّاعَان، وبيعِ الكالئ بالكالئ، وبيعِ الغَرر، وبيعِ الكلبِ والخنزير، وبيعِ عسبِ الفَحل؛ وهو نطفتُه).

مقصود الباب عدّ[٢] البياعات التي ورد فيها نهي خاص، والترجمة تقتضي انقسام الفساد إلى ما يكون للنهي وإلى ما يكون لغيره، لكن يمكن أن يقال: لا فساد إلا للنهي؛ فإن الربا الذي أفرده بالذكر منهي عنه أيضاً، وكذا تفريق الصفقة إذا منعنا عنه، وكل فاسد منهي عنه[٣] إما بنهي خاص، وإما بنهي عام، ثم ما ورد فيه النهي من البيوع قد يحكم بفسادِه قضيةً للنهي، وهو الأغلب، وقد لا يحكم؛ وهو حيث يقارن[٤] البيع ما يعرف عود النهي إليه، كالنهي[٥] عن البيع حالة النداء، فإنا نعلم أن المنع غيرُ

---

(١) سقط من (ظ).

(٢) في (ط الفكر): (عدد).

(٣) من قوله: (وكذا تفريق) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ظ): (يفارق).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (كالمنع).

متوجه نحو خصوص البيع، وإنما هو متوجّه نحوَ ترك الجمعة حتى لو تركها بسبب آخر فقد ارتكب المنهي[١]، ولو باع في غير تلك الحالة لم يصادفه نهي.

القسم الأول: ما حكم فيه بالفساد وهو أنواع:

فمنها: بيع اللحم بالحيوان، وقد مر.

ومنها: بيع ما لم يقبض، وبيع الطعام[٢] حتى يجري فيه الصاعان، وبيع الكالئ، وسنشرحها من بعد.

ومنها: بيع الغرر، فمنه: بيعُ ما لم يقدر على تسليمه، وقد سبق، ومنه: أن يبيع مال الغير[٣]، ومنه: أن يبيع ما ليس عنده، روي: أن النبي ﷺ نهى عنه حكيم بن حزام[٤]، وله تفسيران:

أحدهما: أن يبيع ما هو غائب عنه.

والثاني[٥]: أن يبيع ما لم يملكه ليشتريه فيسلمه.

ومنها: بيع الكلب والخنزير، وقد تقدم ذكره في شرط طهارة المبيع.

ومنها: ما روي: أنه ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل[٦]، وروي: أنه نهى عن

---

(١) في (ظ): (النهي).

(٢) قوله: (وبيع الطعام) سقط من (ظ).

(٣) قوله: (ومنه أن يبيع مال الغير) سقط من (ز).

(٤) حديث حكيم: «لا تبع ما ليس عندك» سبق تخريجه (٥/ ٣٧٧).

(٥) من قوله: (أن يبيع) إلى هنا سقط من (ظ).

(٦) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٥٣٩) برقم (٢٢٨٤)، في الإجارة، باب عسب الفحل، عن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «نهى النبي ﷺ عن عسب الفحل»، وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٧٦) برقم (٣٢٨٦)، في البيوع، باب في عسب الفحل، مثل لفظ البخاري، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنسائي. وقال الترمذي: حسن صحيح» ولم يعزه للبخاري. ولم أجد لفظ: «البيع» إلا عند =

ثمن عسْب الفحل[١]، وهذه رواية الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»، قال في «الصحاح»: العَسْب: الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل، وعسب الفحل أيضاً: ضرابه، ويقال: ماؤه؛ فهذه ثلاثة معان، والثالث هو الذي أطلقه في الكتاب، والثاني هو المشهور في الفقهيات، ثم ليس المراد من الخبر في الرواية الأولى الضراب؛ فإن نفس الضراب لا يتعلق به نهي، ولا منع من الإنزاء أيضاً، بل الإعارة للضراب محبوبة، ولكن الثمن المذكور في الرواية الثانية مضمر فيه، هكذا قالوه. ويجوز أن يحمل العسب على الكراء على ما هو أحد المعاني فيكون نهياً عن إجارة الفحل للضراب، ويستغنى عن الإضمار، وأما على الرواية الثانية فالمفسرون للعسب بالضراب ذكروا أن المراد من الثمن الكراء، وقد يسمى الكراء ثمناً مجازاً. ويجوز أن يفسَّر العسبُ بالماءِ، ويقال: هذا نهي عن بيعه.

والحاصل أن بذل المال للضراب ممتنع بطريق البيع؛ لأن ماءه غير متقوَّم ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه.

وأما بطريق الاستئجار ففيه وجهان قد ذكرهما في الكتاب في باب الإجارة.

أصحهما: المنع أيضاً، وبه قال أبو حنيفة[٢] وأحمد[٣]؛ لأن فعل الضراب غير مقدور عليه للمالك بل يتعلق باختيار الفحل.

= البيهقي (٥/ ٣٣٩)، في البيوع باب النهي عن عسب الفحل، عن جابر بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل»، وزاد المحقق في الحاشية أن في نسخة (مص): الفحل، بدل: الجمل.

(١) أخرج النسائي (٧/ ٣١١)، برقم (٤٦٧٥)، في البيوع، باب بيع ضراب الجمل عن أبي حازم قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل»، وأحمد في «المسند» (٢/ ١٤)، عن ابن عمر بلفظ: «أن النبي ﷺ نهى عن ثمن عسب الفحل».

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٣٨٣).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ١٦٦)، و«المغني» (٤/ ٢٣٣).

والثاني ـ وبه قال ابن أبي هريرة، ويحكى عن مالك[١] ـ: أنه يجوز، كالاستئجار لتلقيح النخل، ويجوز أن يعطي صاحبُ الأنثى صاحبَ الفحل شيئاً على سبيل الهدية خلافاً لأحمد[٢]. والله أعلم.

قال:

(وحبل الحبلة؛ وهو نتاجُ النِّتاج، والملاقيح؛ وهي ما في بطونِ الأمهات، والمضامين؛ وهي ما في أصلابِ الفُحول).

ومنها: ما روي عن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة[٣]، وحَبَل الحبلة: هو نتاج النتاج. ثم ذكروا للخبر تفسيرين:

أحدهما: أن يبيع الشيءَ إلى أن ينتج نتاج هذه الدابة.

والثاني: أن يبيع نتاج النتاج نفسَه.

والأول هو تفسير ابن عمر، وبه أخذ الشافعي رضي الله عنه، والثاني تفسير أبي عبيد وأهل اللغة، وكلا البيعين باطل.

أما الأول؛ فلأنه بيع إلى أجل مجهول، وأما الثاني؛ فلأنه بيع ما ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على[٤] تسليمه.

---

(١) «جواهر الإكليل» (٢/ ٢٢).

(٢) قال أحمد في رواية ابن القاسم: «لا يأخذ»، لكن جوز ابن قدامة أخذ الهدية عليه من غير إجارة، وحمل قول الإمام أحمد على الورع لا على التحريم. انظر: «المغني» (٤/ ٣٣٣ - ٣٣٤).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤١٨) برقم (٢١٤٣) في البيوع، باب بيع الغرر وحَبَل الحَبَلة، بهذا اللفظ عن ابن عمر رضي الله عنهما، ومسلم (٣/ ١١٥٣) برقم (١٥١٤)، في البيوع، باب تحريم بيع حَبَل الحبلة.

(٤) في (ظ): (على سبيل).

ومنها: ما روي عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين[١]، فالملاقيح: ما في بطون الأمهات من الأجنة، الواحدة: ملقوحةٌ، من قولهم: لُقِحَتْ، كالمجنون من جُنَّ، والمحموم من حُمَّ، والمضامين: ما في أصلاب الفحول. سمي[٢] بذلك؛ لأن الله تعالى ضمنها فيها، وكانوا في الجاهلية يبيعون ما في الناقة وما يحبل[٣] من ضراب الفحل في عامٍ أو أعوامٍ، وسببُ بطلانهما من جهة المعنى بَيِّنٌ.

قال:

(وبيعِ الملامَسة؛ وهو أن يُجعلَ اللَّمسُ بيعاً، والمنابذة؛ بأن يُجعلَ النَّبذُ بيعاً، ورميِ الحصاة؛ وهو أن يعيِّنَ للبيعِ ما تَقعُ الحصاةُ عليه، وبيعتَينِ في بَيعة؛ فيقول: بعتُ بألفَين نسيئةً أو بألفٍ نقداً، فخذ بأيهما شئت).

ومنها: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة[٤]. وللملامسة تأويلاتٌ:

---

(١) قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٢): «أخرجه عبد الرزاق بإسناد قوي عن ابن عمر رضي الله عنهما»، قلت: لم أجده في «المصنف»، وأخرجه مالك (٢/ ٦٥٤) برقم (٦٣) في البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان، من قول سعيد بن المسيب. قال في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٠٤): «رواه الطبراني في «الكبير» عن ابن عباس، وفيه إبراهيم بن إسماعيل، وثقه أحمد وضعفه جمهور الأئمة». انتهى ملخصاً.
* أقول: رواه البزار في مسنده (١٤/ ٢٢٠) رقم (٧٧٨٥) وقال: «لا نعلم أحد رواه عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة إلا صالح بن أبي الأخضر ولم يكن بالحافظ». وهو في مصنّف عبد الرزاق (٨/ ٢٠) رقم (١٤١٣٨). (م ع).

(٢) في (ز): (سمّيت).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (يحصل).

(٤) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٢/ ٧٠)، برقم (٥٨٤)، في مواقيت الصلاة، باب الصلاة بعد الفجر حتى=

أحدها: أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستلم، فيقول صاحب الثوب: بعتك هذا بكذا، بشرط أن يقوم لمسُك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته، وهو تأويل الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»، وهذا البيع باطل، أما إذا أبطلنا بيع الغائب فظاهر، وأما إذا صححناه فلاشتراط قيام اللمس مقام النظر. قال الإمام: ويتطرق إلى هذا احتمال من جهة أن من اشترى شيئاً على شرط نفي خيار الرؤية ففي صحة الشرط خلاف، فلا يمتنع أن يكون هذا على ذلك الخلاف[1]، وبهذا الاحتمال أجاب أبو سعد المتولي في كتابه[2].

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن يجعل[3] نفس اللمس بيعاً، ومثله الإمام بأن يقول صاحب الثوب لطالبه: إذا لمست ثوبي فهو مبيع منك بكذا[4]، وهو باطل؛ لما فيه من التعليق والعدول عن الصيغة الشرعية، وذكر في «التتمة» أن هذا في حكم المعاطاة.

والثالث: أن يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره، وهو فاسد؛ للشرط الفاسد.

وأما[5] بيع المنابذة فله تأويلات أيضاً:

أحدها: أن يجعلا النبذ بيعاً فيقول أحدهما للآخر: «أنبذ إليك ثوبي، وتنبذ إلي

= ترتفع الشمس، ومسلم (٣/ ١١٥١) برقم (١٥١١) في البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٣٢).

(٢) وهو «التتمة».

(٣) في (ظ) و(ز): (يجعلا).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٣٢).

(٥) لو قال المصنف: «ومنها» لكان أحسن.

ثوبك، على أن كل واحد مبيع بالآخر»، أو يقول: «أنبذ إليك ثوبي بعشرة وتنبذ إلي ثوبك[١]، فيكون النبذ بيعاً»، وهذا تأويل الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»، وهو المذكور في الكتاب، ووجه بطلان هذا العقد اختلالُ الصيغة، قال الأئمة: ويجيء فيه الخلاف المذكور في المعاطاة، فإن المنابذة مع قرينة البيع هي المعاطاة بعينها.

والثاني: أن يقول: «بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك فقد وجب البيع»، وحكمه ما مر في الملامسة.

والثالث: أن المراد منه نبذ الحصاة، وسنفسره.

ومنها: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نَهَى عن بيع الحصاة[٢]، وله تأويلات:

أحدها: أن يقول: «بعتك ثوباً من هذه الأثواب، وارمِ بهذه الحصاة، فعلى أيها وقعت فهو المبيع»، أو يقول: «ارمِ بهذه الحصاة، فعلى أي موضع بلغت من الأرض يكون مبيعاً منك».

والثاني: أن يقول: «بعتك هذا بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة».

والثالث: أن يجعلا نفس الرمي بيعاً، فيقول البائع: «إذا رميت بهذه الحصاة، فهذا الثوب مبيع منك بعشرة».

والبيع باطل في الصور الثلاث، أما في الأولى فللجهل بالمبيع، وأما في الثانية فلكون الخيار مجهولاً، وأما في الثالثة فلاختلال الصيغة.

---

(١) قوله: (وتنبذ إلي ثوبك) سقط من (ظ).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣)، برقم (١٥١٣)، في البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

ومنها: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أيضاً: أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة[١]، وله تأويلان مذكوران في «المختصر»:

أحدهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن يقول: «بعتك هذا العبدَ بألفٍ نقداً أو بألفين إلى سنة، فخذ بأيهما شئتَ، أو شئتُ أنا». فهذا العقد باطل للجهل بالعوض، كما لو قال: «بعتك هذا العبد أو هذه الجارية بكذا»، ولو قال: «بعتكه بألف نقداً أو بألفين إلى سنة»، أو قال: «بعتك نصف هذا العبد بألف ونصفه بألفين»؛ صح البيع[٢]. ولو قال: «بعتك هذا العبد بألف نصفه بألف و[٣] نصفه بستمئة»؛ لم يصح؛ لأن ابتداء الكلام يقتضي توزيع الثمن على المثمن بالسوية وآخره يناقضه، هكذا نقله صاحب «التهذيب» حكماً وتعليلاً[٤].

والثاني: أن يقول: «بعتك هذا العبد بألف على أن تبيعني دارك بكذا، أو تشتري مني داري بكذا»؛ فهو باطل؛ لأنه بيع وشرط، وسنذكر المعنى في بطلانه على الأثر. والله أعلم.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٣٣)، برقم (١٢٣١) في البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعة، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، وقال: «حسن صحيح، وفي الباب عن عبد الله بن عمرو وابن عمر وابن مسعود...»، والنسائي (٧/ ٢٩٥)، برقم (٤٦٣٢) في البيوع، باب بيعتين في بيعة، وهو أن يقول: «أبيعك هذه السلعة بمئة درهم نقداً وبمئة درهم نسيئة»، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قلت: وفي معناه ما رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في واحدة»، أخرجه أحمد في «المسند» (١/ ٣٩٨)، ورجاله رجال الصحيح كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ٨٥). وهو مروي بطرق متعددة مرفوعاً وموقوفاً، كما قال الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٠).

(٢) لا بد لصحة البيع من أن يختار المشتري أحد الترديدين، كأن يقول: «اشتريته بألف إلى سنة».

(٣) قوله: (نصفه بألف و) سقط من (ظ) و(ز).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٣٦ - ٥٣٧).

قال[١]:

(وعن بيعٍ وشَرط؛ فلو باعَ بشرطِ قرضٍ أو بشرطِ بيعٍ آخر، أو شَرَطَ على بائعِ الزَّرعِ أن يَحصُدَه (و)، أو كان مما يُبقِي عُلقَةً بعدَ العقدِ يثبتُ نزاعٌ بسببها؛ لم يَـجُز).

ومـن البيوع التي ورد النهي عنها: البيعُ المشـروطُ، روي: أن النبي ﷺ نهى عـن بيع وشـرط[٢]، قال حجة الإسـلام[٣]: مطلـق الخبر يقتضي امتناع كل شـرط فـي البيـع، لكن المفهوم مـن تعليله أنه إذا انضم الشـرط إلى البيع بقيـت عُلْقَتُه[٤]

---

(١) سقط من (ظ)، وفي محله بياض.

(٢) رواه الطبراني في الأوسط (٤/ ٣٣٥) رقم (٤٣٦١). قال الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٧-١٨)، والحافظ ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٥١)، وفي «التلخيص الحبير» (٣/ ١٢)، والحافظ ابن الهمام في «فتح القدير» (٦/ ٤٤١): «والحديث رواه الطبراني في «الأوسط»، والحاكم في «علوم الحديث» ص١٢٨، وابن حزم في «المحلى» (٨/ ٤١٥-٤١٦)، والخطابي في «معالم السنن» مع «سنن أبي داود» (٥/ ١٥٤-١٥٥)، بإسنادهم من حديث الإمام أبي حنيفة رحمه الله عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ في قصة طويلة مشهورة. ومن جهة الحاكم ذكره عبد الحق في «أحكامه» وسكت عليه»، وأخرجه الخوارزمي في «جامع المسانيد» (٢/ ٢٢-٢٤) بطرق متعددة.

قلت: رواه مع القصة المشهورة الحفاظ، مثل: الطبراني، والحاكم، والخطابي، وابن حزم، والخوارزمي، والزيلعي، وابن حجر، وابن الهمام، وأقروها. صححه عبد الحق في «أحكامه» بالسكوت عليه، واستدل به فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية في كتبهم.

(٣) في (ظ): (قال المصنف رحمه الله).

(٤) عُلْقَةٌ وزان غُرْفَةٍ، يقال: كل بيع أبْقَى عُلْقَةً فهو باطل، أيْ: شيئاً يتعلق به البائع، والعلاقَةُ بالفتح مثله. «المصباح المنير»، مادة: علق.

بعد العقد، يثور بسببها منازعة. وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد. فحيث تفقد هذه العلةُ نستثنيه عن الخبر، وكذلك نستثني[١] عنه شروطاً وردت[٢] في تصحيحها نصوصٌ[٣].

اعلم أن الشرط في العقد ينقسم إلى فاسد وإلى صحيحٍ، والفاسد منه يُفْسد العقد أيضاً على[٤] المذهب، وفيه شيءٌ سنورِده مِنْ بَعْد، والفصلُ يشتمل على أمثلةٍ من الشروط الفاسدة، ثم يليه بيان الشروط الصحيحة.

فمن الشروط الفاسدة:

إذا باع عبدَه بألف بشرط أن يَبِيعَه دارَه، أو يشتري منه داره[٥]، أو بشرط أن يقرضه عشرة؛ لم يصح؛ لأنه جعل الألف ورِفْقَ العقدِ الثاني ثمناً، واشتراطُ العقد الثاني فاسدٌ، فبطل بعضُ الثمن، وليس له قيمةٌ معلومةٌ حتى يُفْرَض التوزيعُ عليه وعلى الباقي، وإذا أتَيَا بالبيع الثاني نظِر: إن كانا يَعلمان بطلان الأول؛ صح، وإلا فلا؛ لإِتْيَانهما به على حكم الشرط الفاسد. هكذا نقله صاحب «التهذيب»[٦] وغيره، والقياس صحته، وبه قطع الإمام، وحكاه عن شيخه في كتاب الرهن[٧].

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (ولذلك يستثنى).

(٢) في (ز): (ورد).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٧٣).

(٤) من قوله: (فاسد وإلى هنا) سقط من (ظ).

(٥) قوله: (أو يشتري منه داره) سقط من (ز).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٤٣ - ٥٤٤).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٢٧).

ولو اشترى زرعاً واشترط على بائعِه أن يَحصده ففيه ثلاث طرق:

أحدها ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أن هذا التصرف شراء للزرع واستئجار للبائع على الحصاد، فيجيء فيه القولان فيما لو جمع بين صفقتين مختلفتَي الحكم[١]، وهذا هو اختيار ابن الصبّاغ.

والثاني: أن شرطَ الحصاد باطلٌ قولاً واحداً؛ لأنه شرط عملاً فيما لم يملكه فأشبه ما لو استأجره لِخياطة ثوبٍ لم يملكه بعد، وفي صحة البيع قولا تفريقِ الصفقة.

والثالث ـ وهو الأصحّ ـ: أنهما باطلان، أما شرط العمل فبما ذكرنا، وأيضاً فلأنه شرطٌ ينافي قضية العقد[٢]؛ لأن قضية العقد كونُ القطع على المشتري، وأما البيع فلأن الشرط إذا فسد فسد[٣] البيعُ.

وكذا الحكم لو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض، فقال: «اشتريت هذا الزرع بعشرة على أن تحصده بدرهم»؛ لأنه جعل الإجارة شرطاً في البيع، فهو في معنى بَيْعتَيْنِ في بيعة في التأويل الثاني. ولو قال: «اشتريت هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة»، فقال: «بعتُ وآجَرت»؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أنهما على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم.

والثاني: أن الإجارة باطلة قولاً واحداً. ثم إذا فسدت الإجارة ففي فساد البيع قولا تفريق الصفقة. ولو قال: «اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم»؛ صح الشراء، ولا تصح الإجارة؛ لأنه استأجره على العمل فيما لم يملكه.

---

(١) «المهذب» لأبي إسحاق الشيرازي (٢/ ٤٣).

(٢) في (ز): (شرط يناقض العقد).

(٣) في (ظ): (أفسد).

ونظائر مسألة الزرع يقاس بها كما إذا اشترى ثوباً وشرط عليه صبغه أو خياطته أو لَبَناً وشرط عليه طَبْخه، أو نعلاً على أن ينعل به دابته، أو عبداً رضيعاً على أن يتم إرضاعه، أو متاعاً على أن يحمله إلى بيته والبائع يعرف بيتَه، فإن لم يعرف: بطل البيع لا محالة. ولو اشترى حطباً على ظهر بهيمةٍ مطلقاً؛ فيصح العقد ويسلمه إليه في موضعه، أوْ لا يصحُّ حتى يشترطَ تسليمَه إليه في موضعه؛ لأن العادة قد تقتضي حمله إلى داره.

حكى صاحب «التتمة» فيه وجهين[1]. والله أعلم.

* * *

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٤٠١): «قلت: أصحهما: الصحة. والله أعلم».

قال:

(إلا في مواضعَ عدّةٍ استُثنيَت بالنُّصوص؛ أحدها: شرطُ الأجلِ المعلوم. والثاني: شرطُ الخيار ثلاثةَ أيام. والثّالث: شرطُ وثيقةُ الثَّمنِ بالرَّهنِ بعدَ تعيينِ المَرهون (م ح)، وبالكفيلِ[١] بعدَ تعيينِه (و)، وبالشَّهادة، ولا يُشترطُ فيها التَّعيين، ومهما تعذَّرَ الوفاء بالرَّهنِ المشروطِ أو وَجَدَ به عيباً؛ فله فَسخُ العَقد).

من الشروط الصحيحة في البيع: شرطُ الأجل المعلوم في الثمن، قال الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وروي: أن النبي ﷺ أمر عبد الله بن عمرو أن يجهّز جيشاً، وأمَره أن يبتاع ظهراً إلى خروج المصدق[٢].

وإن كان مجهولاً، كقدوم زيد، أو مجيء المطر، وإقباض المبيع: فهو فاسد، وذكر القاضي الروياني أنه لو أجل الثمن إلى ألف سنة: بطل العقد؛ للعلم بأنه لا يبقى[٣] إلى هذه المدة، ويسقط الأجل بالموت، كما لو آجَر ثوباً ألف سنة: لا يصح، فعلى هذا يشترط في صحة الأجل مع كونه معلوماً: احتمالُ بقائه إلى المدة المضروبة[٤].

ثم موضع الأجل ما إذا كان العوض في الذمة، فأما ما ذكر[٥] في المبيع أو في

---

(١) في (ز): (والكفيل).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٣/ ٦٩)، برقم (٢٦١)، في البيوع. والبيهقي (٥/ ٢٨٧-٢٨٨) في البيوع، باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة، وصححه.

(٣) أي: لا يعيش.

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٤٠١): «قلت: لا يشترط احتمال بقائه إليه، بل ينتقل إلى وارثه، لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدنيا إليه فاسد. والله أعلم».

(٥) في (ظ) و(ز): (ما ذكره).

الثمن المعين مثل أن يقول: «اشتريتُ بهذه الدنانير على أن تَسَلُّمَها في وقت كذا»؛ فهو فاسد؛ لأن الأجل رفق أثبت لتحصيل الحق في المدة، والمعيَّنُ حاصلٌ.

ولو حلَّ الأجلُ فأجَّلَ البائع المشتري مدة أو زاد في الأجل قبل حلول الأجل المضروب أولاً؛ فهو وَعْدٌ لا يُلْزِمُ خلافاً لأبي حنيفة[١] فيهما. وساعدنا على أن بدلَ الإتلاف لا يتأجل[٢] وإن أجله.

وقال مالك[٣] رحمه الله تعالى: يَتَأَجَّل.

ولو أوصى من له دين حالٌّ على إنسان بإمهاله مدةً، فعلى ورثته إمهالُه تلك المدة؛ لأن التبرعات بعد الموت تلزم. قاله في «التتمة»، وحكى هو وصاحب «التهذيب» وجهين فيما لو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل؛ هل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال؟ أصحهما: أنه لا يسقط[٤]؛ لأن الأجل صفة تابعة، والصفة لا تفرد بالإسقاط، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصحاح لو أسقط صفة الجودة أو الصحة لا تسقط؟

ومنها: شرط الخيار ثلاثة أيام، على ما سيأتي.

---

(١) قلت: والمعروف عند الحنفية أن صيغة التعليق والشرط تكون لازمة، وأن صيغة الوعد المجرد عن التعليق والشرط لا تكون لازمة، كمذهب الشافعي.
انظر: «درر الحكام» شرح «مجلة الأحكام» لعلي حيدر (١/ ٧٧)، مادة: (٨٤).

(٢) والظاهر أنه يتأجل لزوماً إذا أجّله صاحب المال، بل يكون وعداً.

(٣) قال في «جواهر الإكليل» (١/ ١٢٢): «والرجوع في قيمة المأخوذ معتبر يوم أخذه، بناءً على أن الأخذ في معنى الاستهلاك. ومن استهلك شيئاً لزمته قيمته»، قال مشرفي فضيلة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة حفظه الله: «والظاهر أنه يتأجل تفضيلاً على سبيل الوعد؛ لأن المشهور عند مالك أن الوعد لا يُلزم إلا إذا كان مبنيّاً على سبب ودخل في السبب، وما هنا ليس من هذا القبيل».

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٤٤).

ومنها: شرط وثيقة الثمن بالرهن والكفيل والشهادة، فيصح البيع بشرط أن يرهن المشتري بالثمن، أو يتكفل به كفيل، أو يشهد عليه سواء كان الثمن مؤجلًا أو حالًّا، ولا يخفى وجه الحاجة إلى التوثيق[1] بهذه الجهات. وقد قال الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقال عز اسمه: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وكذلك يجوز أن يشرط المشتري على البائع كفيلاً بالعهدة، ولا بد من تعيين الرهن والكفيل، والمعتبر في الرهنِ المشاهدةُ أو الصفةُ كما يوصف المسلم فيه، وفي الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب، ولا يكفي الوصفُ بأن يقول رجل موسر ثقة هذا هو النقل[2].

ولو قال قائل: الاكتفاء بالصفة أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله؛ لم يكن ببعيد.

وهل يشترط التعيين في شرط الإشهاد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في الرهن والكفيل.

وأصحهما: لا، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن المطلوب في الشهود العدالة لإثبات الحق عند الحاجة بخلاف الرهن والكفيل، فإن الأغراض فيهما تتفاوت، ولصاحب الوجه الأول أن يقول: وقد يكون بعض العدول أوجَهَ، وقوله أسرع قبولاً؛ فيتفاوت الغرض في أعيانهم أيضاً.

وادعى الإمام القطع بالوجه الثاني، وردّ الخلاف إلى أنه لو عين الشهود هل يتعينون أم لا[3]؟

---

(١) المثبت من (ز). (م ع).

(٢) أي: المنقول للأصحاب عن الشافعي.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٢٧).

وهل يجب التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل؟ فيه وجهان؛ **أظهرهما**: لا، بل إن اتفقا على يد المرتهن أو يد عدل فذاك، وإلا جعله الحاكم في يد عدل، وليكن المشروط رهنه غير[1] المبيع، أما إذا شرط أن يكون المبيع نفسه رهناً بالثمن لم يصح الرهن؛ لأن المرهون[2] غير مملوك له بعد ولا المبيعُ، هكذا أطلقه الجمهور، وأورده الإمام فيه تفصيلاً، كما سيأتي[3].

والمطلقون وجّهُوهُ بأمور:

منها: أن الثمن إما مؤجلٌ: فلا يجوز حبس المبيع لاستيفائه، أو حالٌّ: فله حبسه لاستيفائه، فلا معنى للحبس بحكم الرهن.

ومنها: تناقض الأحكام، فإن قضية الرهن كون المال أمانةً، وأن يسلم الدين أوّلاً، وقضية البيع بخلافه.

ومنها: أن فيه استثناء منفعة الاستيثاق ولا يجوز أن يستثني البائع بعض منافع المبيع لنفسه.

ومنها: قال بعض المتأخرين: المشتري لا يملك رهنَ المبيع إلا بعد صحةِ البيع، فلا تتوقف عليه صحة البيع؛ كي لا يؤدي إلى الدور.

وللنزاع مجالٌ في هذه التوجيهات:

أما **الأول**: فإن كان الثمن مؤجلاً: لا يجوز حَبْسُ المبيع إذا لم يجر رهن، فإن جرى فهو موضع الكلام، وإن كان حالًّا فيجوز أن يتقوى أحد الجنسين بالآخر.

---

(١) في الأصل: (عند) وهو خطأ، والصواب ما أثبته من «الروضة» (٣/ ٤٠٢).

(٢) في (ز): (الرهن).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٣٠).

وأما **الثاني**: فبتقدير الصحة يبقى المال مضموناً بحكم البيع استيفاءً لما كان، ويسلم الدين أولاً لإقدامه على الرهن.

وأما **الثالث**: ففي جواز استثناء بعض المنافع تفصِيلٌ سنذكره، إن شاء الله تعالى.

وأما **الرابع**: فمسلّم أنه لا يتوقف صحة البيع على الرهن، لكن لا كلام فيه وإنما الكلام في أنه هل يمنع صحة البيع؟ فهذا كلام المطلقين.

وأما التفصيل: فإن الإمام ذكر أن المسألة مبنية على أن البدَاءة في التسليم بمن؟ فإن قلنا: البداءة بالبائع، أو قلنا: يخيران معاً، أو قلنا: لا اختيار ما لم يبتدئ أحدُهما؛ فسد البيع؛ لأنه شرط يبطل مقتضى البيع لتضمنه حبس المبيع إلى استيفاء الثمن.

وإن قلنا: البداءة بالمشتري فوجهان:

أحدهما: أنه يصح هذا الشرط لموافقته مقتضى العقد.

والثاني: لا يصح[1] ويفسد البيع لما سبق من تناقض الأحكام[2].

والأظهر عند صاحب الكتاب هو الوجه الأول[3]. وأنت إذا تنَبهتَ[4] إلى الأصل المبني عليه عرفتَ حال هذا البناء قوةً وضعفاً.

ولو شرط أن يرهنه بالثمن بعد القبض ويرده إليه؛ فالبيع باطل أيضاً لبعض المعاني المذكورة.

ولو رهنه بالثمن من غير شرط صح إن كان بعد القبض، وإن كان قبله فلا إن كان الثمن حالّاً؛ لأن الحبس ثابت له، وإن كان مؤجلاً فهو كما لو رهن المبيع قبل

---

(١) من قوله: (هذا الشرط) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٣٠).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٧٦ - ٧٧).

(٤) في (ظ) و(ز): (انتهيت).

القبض بدين آخر. ثم إذا لم يرهن المشتري ما شرطه، أو لم يتكفل الذي عيَّنه فلا إجبار، لكن للبائع الخيار، ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام المعين، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز فلا خيار للمشتري.

ولو عين شاهدين فامتنعا من تحمل الشهادة، فإن قلنا: لا بد من تعيين الشاهدين؛ فللبائع الخيار أيضاً. وإن قلنا: لا حاجة إليه أيضاً: فلا.

ولو باع بشرط الرهن فهلك الرهن قبل القبض، أو تعيب، أو وجد به عيباً قديماً: فله الخيار في البيع، وإن تعيب بعد القبض: فلا خيار، ولو ادعى الراهن أنه حدث بعد القبض، وقال المرتهن: «بل قبله». فالقول قول الراهن استدامة للبيع، ولو هلك الرهن بعد القبض أو تعيب ثم اطلع على عَيْبٍ قديم به: فلا أرش له، وهل له فسخ البيع، فيه وجهان؛ أصحهما: لا؛ لأن الفسخ إنما يثبت إذا أمكنه رد الرهن كما أخذ.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (شرط وثيقة الثمن)، لفظ الثمن وإن كان مطلقاً لكن المراد منه ما إذا كان في الذمة، فإن الأعيان لا يرهن بها وفي ضمانها تفصيل طويل يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى، وهذا كما ذكرناه في الأجل.

وقوله: (بعد تعيين المرهون)، يجوز إعلامه بالميم والحاء، أما الميم فلأن عند مالك[1] رضي الله عنه لا يشترط تعيين المرهون، بل ينزل المطلق على ما يصلح أن يكون رهناً لمثل ذلك الثمن في العادة، وأما بالحاء فلأن عند أبي حنيفة[2] لو قال: «رهنتك أحد هذين العبدين»: جاز، كما ذكره في البيع.

---

(١) «جواهر الإكليل» (٢/ ٨٢).

(٢) والظاهر أنه جائز بشرط بيان أحدهما. قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٠٠): «دَفع ثوبين فقال: خذ أيهما شئت رهناً بكذا، فأخذهما، لم يكن واحد منهما رهناً قبل أن يختار أحدهما».

وقوله: (وبالكفيل بعد تعيينه)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن في كتاب القاضي ابن كج أنه لا حاجة إلى تعيين الكفيل، وإذا أطلق أقام من شاء ضَميناً. والله أعلم.

قال:

(والرّابع[١]: شرطُ عتقِ العَبد، احتُمِلَ لحديثِ بَريرة، والقياسُ إبطالُ الشَّرط، وقد قيلَ به، ثُمَّ للبائعِ المطالبةُ بالعتق؛ على الأصحّ، فإن أبى المشتري أُجبِرَ عليه (و)، وإن شَرطَ أن يكونَ الولاءُ له صحَّ الشَّرط (و)؛ لدلالةِ الخبر).

في بيع الرقيق بشرط العتق قولان[٢]:

أحدهما ـ وهو مخرج ـ: أنه لا يصح، كما لو باعه بشرط أن يبيعه أو يهبه. وبهذا قال أبو حنيفة[٣].

وأصحهما: أنه يصح، وعلى هذا ففي صحة الشرط قولان:

أحدهما ـ وهو ما حكاه العراقيون عن رواية أبي ثور ـ: أنه باطل لظاهر ما روي أنه ﷺ قال: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل»[٤].

---

(١) أي: الرابع من الشروط الصحيحة.

(٢) لو قال: «ثلاثة أقوال» لكان حسناً: الأول: صحة العقد والشرط. والثاني: بطلانهما. والثالث: صحة البيع وبطلان الشرط.

(٣) إنه فاسد عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية، وجائز في رواية الحسن. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧٠).

(٤) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ٢١٩)، برقم (٢٥٦٠)، في المكاتب، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجمٌ. ومسلم (٢/ ١١٤٢)، برقم (٨)، في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق بهذا اللفظ، كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها.

وأصحهما ـ وبه قال مالك[١] وأحمد[٢] في أصح الروايتين ـ: أنه صحيح؛ لما روي: أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة، وشرط مواليها أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم، فلم ينكر النبي ﷺ إلا شرطَ الولاء، وقال: «شرط الله أوثق، وقضاء الله أَحَقُّ، والولاء لمن أعتق»[٣].

وقوله: (والقياس إبطال الشرط)، أراد مع تصحيح العقد على ما دل عليه كلامه في «الوسيط»، قال: لأن المصير إلى إبطال العقد مع الحديث لا وجه له، وإن قال قائلون به، وتأويل إذنه في الشرط أنه كان يثق بعائشة رضي الله عنها أنها تفي به تكرماً لا أنه لازم[٤].

التفريع: إن صححنا شرط العتق فذلك إذا أطلق، أو قال: «بشرط أن تعتقه عن نفسك»، أما إذا قال: «بشرط أن تعتقه عنّي» فهو لاغ[٥].

ثم العتق المشروط حق مَنْ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه حق الله عز وجل، كالملتزم بالنذر.

والثاني: أنه حق البائع؛ لأن اشتراطه يدل على تعلق غرضه به، والظاهر أنه تَسامَحَ في الثمن إذا شرط العتق، فإن قلنا: إنه حق البائع؛ فله المطالبة به لا محالة، وإن قلنا: إنه حق الله تعالى؛ فوجهان:

---

(١) «مواهب الجليل» (٤/ ٣٧٤). وصحة هذا الشرط مستثناة من الشروط المنافية لمقتضى العقد لحديث بَريرة، عند المالكية.

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ١٩٤). وصحة الشرط هنا مستثناة لحديث بريرة. عند الحنابلة.

(٣) وهو نفس الحديث السابق، وله عندهما ألفاظ. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٣): «لكن ليس فيه التصريح بأنهم شرطوا العتق إلا أنه حاصل من اشتراطهم الولاء».

(٤) هذا الكلام فيه تنافٍ، لأن مقتضى أنه شرطٌ: وجوب تنفيذه عليها.

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٧٩ - ٨٠).

أحدهما: أنه ليس له المطالبة به؛ إذ لا ولاية له في حقوق الله عز وجل.

وأصحهما: أنه له[١] ذلك؛ لأنه ثبت بشرطه وله غرض في تحصيله.

وإذا أعتقه المشتري فقد وَفَّى بما التزم والولاء له، وإن قلنا: العتق حق البائع؛ لأنه صدر عن ملكه، وإن امتنع فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان. وقيل: قولان:

أصحهما ـ عند المصنف ـ: أنه يجبر عليه[٢].

والثاني: لا، ولكن للبائع الخيار في فسخ البيعِ.

وهما مبنيان على أن العتق حق مَنْ؟ إن قلنا: إنه حق الله عز وجل؛ فيجبر عليه، وإن قلنا: إنه حق البائع؛ فلا يجبر كما في شرط الرهن والكفيل، وإذا قلنا بالإجبار فهل يخَرَّج على الخلاف في المُولِي إذا امتنع من الطلاق حتى يعتق القاضي على رأي، أو[٣] يحبسه حتى يعتق على رأي، أوْ لا[٤] طريقَ سوى الحبس حتى يعتق؟

أبدى[٥] الإمام فيه احتمالين؛ والأول هو المذكور في «التتمة»، قال الإمام: والخلاف في الإجبار لا يبعد طرده في شرط الرهن والكفيل من جهة القياس، لكن لم يطردوه.

وإذا قلنا: العتق حق للبائع؛ فلو أسقطه سقط، كما لو شرط رهناً أو كفيلاً ثم عفا عنه[٦].

---

(١) في الأصل: «ليس له» والصحيح إسقاط: «ليس» كما في «الروضة»، لينسجم الكلام.

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٨٢).

(٣) في (ز): (و).

(٤) في (ظ): (إذ لا).

(٥) أبدى؛ بمعنى: ذكر.

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٧٨-٣٧٩).

وعن الشيخ أبي محمد: إنّ شرطَ الرهن والكفيل أيضاً لا يفرَد بالإسقاط كحق الأجل.

وهل يجوز إعتاق هذا العبد عن الكفارة؟ إن قلنا: إن العتق حق الله عز وجل[(١)] فلا، كإعتاق المنذور عتقه عن الكفارة.

وإن قلنا: إنه حق البائع فكذلك إن لم يسقط حقه، وإن أسقطه جاز على العتق على أصح الوجهين.

والثاني: لا يجوز؛ لأن البيع بشرط العِتق لا يخلو عن محاباة، فكأنه أخذ على العتق عوضاً.

ويجوز له الاستخدام، والوطء، والأكساب الحاصلة له، ولو قتل كانت القيمة له، ولا يكلَّف صرفها إلى عبدٍ آخر ليعتقه، وليس له أن يبيعه من غيره ويشترط العتق عليه في أصح الوجهين؛ لأن العتق مستحق عليه، فليس له نقلُه إلى غيره. وهل يجزئ إيلاد الجارية عن الإعتاق؟ فيه وجهان؛ أصحهما: لا، بل عليه أن يعتقها.

ولو مات العبد قبل أن يعتقه ففيه أوجه:

أظهرها: أنه ليس عليه إلا الثمنُ المسمى؛ لأنه لم يلتزم غيره.

والثاني: أن عليه مع ذلك قدر التفاوت بين ثمن مثله مشترًى[(٢)] مطلقاً وثمن مثله مشترًى[(٣)] بشرط العتق، ومنهم من زاد في هذا الوجه أن يعرف قدر التفاوت. هكذا، ويجب عليه مثل نسبته من الثمن المسمى.

---

(١) في (ظ): (الله تعالى)، وفي مثل هذا اخترت إحداهما ولم أشر إلى الثانية.

(٢) في (ظ): (اشترى).

(٣) في (ظ): (اشترى).

والثالث: أن البائع بالخيار إن شاء أجاز العقد ولا شيء له، وإن شاء فسخ البيع ورد ما أخذ من الثمن، ويرجع بقيمة العبد عليه، وحكى بعضهم بدلَ هذا الوجهِ أنه ينفسخ[١] العقد لتعذر إمضائه؛ إذ لا سبيل إلى إيجاب شيء على المشتري من غير تفويت ولا إلزام ولا إلى الاكتفاء بالمسمى؛ فإن البائع لم يرض به إلا بشرط العتق. وهذه الوجوه مفرعة على أن العتق للبائع أو هي مطردة سواء قلنا: إنه للبائع أو لله تعالى؟ فيه رأيان للإمام، أظهرهما: الثاني[٢].

ولو اشترى عبداً بشرط أن يدبره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة، أو داراً بشرط أن يجعلها وقفاً، ففي هذه الشروط وجهان:

أصحهما: أنها ليست كشرط العتق، بل يبطل البيع بها، وجميع ما ذكرناه في شرط العتق مفروض فيما إذا لم يتعرض للولاء[٣].

فأما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع ففيه وجهان[٤]:

أحدهما: أنه يبطل البيع؛ لأن شرط الولاء تغيير ظاهر لمقتضى العقد؛ لتضمنه نقل الملك إلى البائع وارتفاع العقد.

والثاني: أنه يصح؛ لحديث بريرة، فإن عائشة رضي الله عنها أخبرت رسول الله ﷺ أن مواليها لا يبيعونها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم، فقال رسول الله ﷺ: «اِشترِي واشترطي لهم الولاء»[٥]، أذن في الشراء بهذا الشرط، وهو لا يأذن في باطل.

---

(١) القول بالانفساخ يكون وجهاً رابعاً.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٧٩). وقال في «الروضة» (٣/ ٤٠٤): «قلت: وهذا الثاني مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم. والله أعلم».

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (الولاء).

(٤) في (ظ): (قولان).

(٥) سبق تخريجه في (ص: ٢٤) من هذا الجزء.

وعلى هذا ففي صحة الشرط قولان[1] نقلهما الإمام:

أحدهما: أنه لا يصح؛ لما روي: أنه ﷺ خطب بعد ذلك وقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله عز وجل! كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، شرط الله أوثق، وقضاء الله أحق، والولاء لمن أعتق»[2].

والثاني: أنه يصح؛ لأنه أذن في اشتراط الولاء، وهو لا يأذن في باطل[3]، وهذا هو الذي أورده صاحب الكتاب[4].

واعلم أنه خلاف ما اتفق عليه جمهور الأصحاب، فإنهم أطبقوا[5] على أن شرط الولاء يفسد البيع، وحكوا قولاً ضعيفاً على خلافه عن رواية الإصطخري أو تخريجه، ثم على ذلك القول الضعيف قضوا بفساد الشرط، وقصروا الصحة على العقد. ولا تكاد تجد حكاية الخلاف في صحة الشرط بعد تصحيح العقد إلا للإمام رحمه الله تعالى[6].

وفي حديث بريرة إشكال أفسدنا العقد أو صححناه، وأفسدنا الشرط أو صححناه. أما إذا أفسدنا العقد أو الشرط؛ فلإذنه في الشراء واشتراطِ الولاء. وأما إذا صححناهما؛ فلخطبته بعد ذلك، وإنكاره على هذا الشرط. وكيف يجوز أن يأذن

---

(١) في (ظ): (وجهان).

(٢) سبق تخريجه في (ص: ٢٤) من هذا الجزء.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٨٠-٣٨١).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٨٠).

(٥) يقال: أطْبَقُوا على الأمر، إذا اجتمعوا عليه متوافقين غير مخالفين.
«المصباح المنير»، مادة: طبق.

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٨١).

في[١] الشيء ثم ينكر عليه ويبْطله؟! إلا أن الصائرين إلى الفساد لم يثبتوا الإذن في شرط الولاء، وقالوا[٢]: إن هشاماً تفرد به، ولم يتابعه سائر الرواة عليه، فيحمل على وهمٍ وقع له؛ لأن النبي ﷺ لا يأذن فيما لا يجوز. وبتقدير الثبوت فقد تكلموا عليه مِنْ وجوه لا نطول بذكرها. وأما من صححها قال: إنه نهاهم عن الإتيان بمثل هذه الشروط، ولما[٣] جرت أنكر عليهم؛ لارتكابهم ما نهاهم عنه، لكنه صححه، وقد ينهى عن الشيء ثم يصححه.

ولو جرى البيع بشرط الولاء دون شرط العتق بأن قال: «بعتكه بشرط أن يكون الولاء إليَّ إن أعتقته يوماً من الدهر»؛ فقد ذكر في «التتمة» أن العقد هاهنا باطل بلا خلافٍ؛ إذ[٤] لم يَشتَرِطِ العتقُ حتى يحصل[٥] الولاء تبعاً له. ولو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه؛ فعن القاضي حسين: أن العقد باطل؛ لتعذر الوفاء بهذا الشرط، فإنه يعتق عليه قبل أن يعتقه[٦]. والله أعلم.

---

(١) قوله: (يأذن في) سقط من (ط الفكر).

(٢) قال الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٤٥): «زاد هشام شيئاً في رواية أبيه» وقال أبو يوسف، كما في «المبسوط» (١٣/ ١٤): «أوهم هشام ما قال رسول الله ﷺ: «اشترطي لهم الولاء»، لأن هذا أمر بالغرر، ولا يظن برسول الله ﷺ ذلك».

(٣) في (ظ) و(ز): (وإذا).

(٤) في (ظ): (إذا).

(٥) في (ظ): (يجعل).

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٤٠٥): «قلت: قد حكى الرافعي في كتاب كفارة الظهار عن ابن كج: أنه لو اشترى عبداً بشرط أن يعلّق عتقه بصفة: لم يصح البيع على الأصح. وحكى وجهين فيما لو اشترى جارية حاملاً بشرط العتق، فولدت ثم أعتقها: هل يتبعها الولد؟ وأنه لو باع عبداً بشرط أن يبيعه المشتري بشرط العتق، فالمذهب: بطلان البيع. وعن ابن القطان: أنه على وجهين. والله أعلم».

قال:

(والخامس: أن يَشترِطَ ما لا يَبقى علقة؛ ككلِّ شرطٍ يوافقُ العَقدَ من القَبضِ وجوازِ الانتفاع، أو ما لا يتعلَّق به غَرض؛ كشرطِه أن لا يأكلَ إلا الهريسة، وهذا استُثنِيَ بالقياس، وكذلك شرطُه أن يكونَ خبّازاً أو كاتباً، وكذا كلُّ وصفٍ مقصود).

غرض الفصل التعرض لأقسام الشروط التي لا تفسد العقد بعد ما تقدم ذكره، والأصحاب قد ضبطوا صحيح الشروط وفاسدها في تقسيمٍ هو كالترجمة، والتفاصيل مذكورة في مواضعها.

قالوا: الشرط ينقسم إلى ما يقتضيه مطلق العقد؛ وإلى ما لا يقتضيه:

فالأول: كالقبض وجواز الانتفاع والرد بالعيب ونحوها، فلا يضر التعرض له ولا ينفع.

والثاني: ينقسم إلى ما يتعلق بمصلحة العقد، وإلى ما لا يتعلق:

فالأول: قد يتعلق بالثمن، كشرط الرهن والكفيل، وقد يتعلق بالمثمن[١]، كشرط أن يكون العبد خبازاً أو كاتباً، وقد يتعلق بالطرفين، كشرط الخيار، فهذه الشروط لا تفسد العقد، وتصح في نفسها.

والثاني[٢]: ينقسم إلى ما لا يتعلق به غرضٌ يُورِث تنافساً وتنازعاً، وإلى ما يتعلق:

فالأول: كشرط أن لا يأكل إلا الهريسة، أو لا يلبس إلا الخز، وما أشبه ذلك، فهذا لا يفسد العقد، ويلغو في نفسه. هكذا قاله صاحب الكتاب وشيخه[٣].

---

(١) في (ظ): (بالثمن).

(٢) وهو شرط لا يتعلق بمصلحة العقد.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٨٢-٢٨٣)، «الوسيط» للغزالي (٣/ ٧٧).

لكن في «التتمة»: أنه لو شَرَطَ ما يقتضي إلزامَ ما ليس[١] بلازم، كما لو باع بشرط أن يصلي النوافل، أو يصوم شهراً غير رمضان[٢]، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها؛ يفسد العقد؛ لأنه أوجب ما ليس بواجب، وقضية[٣] هذا فساد العقد في مسألة الهريسة والخز أيضاً.

والثاني: كشرطه أن لا يقبض ما اشتراه ولا يتصرف فيه بالبيع والوطء ونحوهما، وكشرط بيع آخر أو قرض، وكشرطه أن لا خسارة عليه في ثمنه، يعني لو باعه وخسر[٤] في ثمنه ضمن له النقصان، فهذه الشرائط وأشباهها فاسدةٌ مفسدةٌ للبيع إلا شرط العتق، كما مر.

وقوله في الكتاب: (وهذا استثني بالقياس)، أراد به ما سبق أن المفهوم[٥] من: «نهيه عن بيع وشرط» دفع محذورَ المنازعة الثائرة من الاشتراط والعلقة الباقية بينهما بسببه، وهذا المعنى مقصود في هذه الصورة، وأما ما يوافق مقتضى العقد فهو ثابت ذكِر أو لم يذكر، وأما ما لا يتعلق به غرض فلا يتنازعان في مثله غالباً.

وأما شرط الكتابة والخبز وسائر الأوصاف المقصودة؛ فإنها لا تتعلق بإنشاء أمرٍ في المستقبَل بل هي أمور حاضرةٌ ناجزة. والظاهر أن الشارط لا يلتزمها إلا وهي حاصلة. فإذاً هذه الشرائط وإن كانت مستثناةً عن صورة اللفظ، لكنها منطبقة على المعنى المفهوم منه. والله أعلم.

---

(١) في «الروضة»: (شرط التزام ما ليس).

(٢) في (ظ): (شهر رمضان).

(٣) أي: ومقتضى.

(٤) أي: نقص.

(٥) قلت: وتأويل حديث: «نهى عن بيع وشرط» بأنه نهي عن بيع وجد فيه شرط مناف لمقتضى العقد وفيه غرض لأحد، يؤدي إلى النزاع، وهو تأويل جيد وتقييد حسن وتخصيص مقبول.

قال:

(ولو شرطَ أن تكونَ حامِلاً؛ فقولان، ولو شرطَ أن تكونَ لبُوناً؛ فالأصحّ: أنه كشرطِ الكتابة (ح).).

إحدى مسألتي الفصل: أن يبيع جاريةً أو دابةً بشرط أن تكون حاملاً، ونُقَدّم عليها: أن بيع الحمل لا يجوز، لا من مالك الأُم، ولا من غيرِهِ؛ لِـمَا مرّ في النهي عن بيع الملاقيح، فإنه غير معلوم ولا مقدور؛ ولو باع حاملاً مطلقاً: دخل الحمل في البيع تبعاً، وهل يقابله قِسطٌ من الثمن؟ فيه خلاف نذكره في موضعه.

ولو باع الحاملَ واستثنى حملها؛ ففي صحة البيع وجهان منقولان في «النهاية»:

أحدُهما: أنه يصح، كما لو باع الشجرة واستثنى الثمرة قبل بدوّ الصلاح.

وأصحهما ـ وبه أجاب الجمهور ـ: أنه لا يصح؛ لأن الحمل لا يجوز إفرادُه بالعقد؛ فلا يجوز استثناؤُه، كأعضاء الحيوان[1].

ولو كانت الأُمُّ لواحدٍ والحمل لآخر، فهل لمالك الأم بيعها[2] من مالك الحمل أو غيره؟ فيه وجهان، وكذا لو باع جارية حاملاً بحُر:

الذي ذكره المُعْظَم: أنه لا يصح، لأن الحمل لا يدخل في البيع فكأنه استثناه.

والثاني ـ وهو اختيار الإمام وصاحب الكتاب ـ: أنه يصح، ويكون الحمل مستثنًى شرعاً[3].

وإذا تقرر ذلك، فلو باع جارية أو دابة بشرط أنها حامل؛ ففي صحة البيع قولان،

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٤٢).

(٢) في (ظ): (بيعهما).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٤٢)، «الوسيط» للغزالي (٣/ ٨٥).

ويقال: وجهان، مبنيان على أن الحمل هل يُعلمَ أم لا؟ إن قلنا: لا؛ لم يصح شرطه، وإن قلنا: نعم؛ صح[١]، وهو الأصح[٢]. وخصَّ بَعْضُهم الخلافَ بغير الآدمي، وقطع بالصحة في الجواري؛ لأن الحمل في الجواري عيب، فاشتراط الحمل إعلام بالعيب، فتصير كما لو باعها على أنها آبقة أو سارقة.

ولو قال: «بعتك هذه الدابة وحملها»؛ ففي صحة العقد وجهان:

عن أبي زيد: أنه يصح؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق، فلا يضر التنصيص عليه، كما لو قال: «بعتك هذا الجدار وأساسَه».

والأصح ـ وبه قال ابن الحداد، والشيخ أبو علي ـ: أنه لا يصح؛ لأنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم، وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره، بخلاف ما إذا باع بشرط أنها حامل، فإنه جعل الحاملية وصفاً تابعاً، وهذا الخلاف يجري فيما إذا قال: «بعتك هذه الشاة وما في ضرعها من اللبن».

وفي قوله: (بعتك هذه الجبة وحشوها)، طريقان، منهم من طرد الخلاف، ومنهم من قطع بالجواز؛ لأن الحشو داخل في مسمى الجبة، فذكره ذكر ما دخل في اللفظ، فلا يدل التنصيص عليه، والحمل غير داخل في مسمى الشاة، فذكره ذكر الشيء المجهول مع المعلوم.

وإذا قلنا بالبطلان في هذه الصورة[٣] فقد قال الشيخ أبو علي: في بيع الظِّهارة والبِطانة في صورة الجبة قولا تفريق الصفقة، وفي صورة الدابة يبطل البيع في الكل.

---

(١) أي: البيع.

(٢) من قوله: (مبنيان على) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في (ز): (الصور).

والفرق: أن الحشو يمكن معرفة قيمته عند العقد، والحمل واللبن لا يمكن معرفتهما[١] حينئذ فيتعذر التوزيع. قال الإمام: وهذا حسن، لكنا قد نجري قولي التفريق حيث يتعذر التوزيع، كما لو باع شاة وخنزيراً، أو[٢] باع حاملًا وشرط وضعها لرأس الشهر ونحوه؛ لم يصح البيع قولاً واحداً؛ لأنه غير مقدور عليه. كذا قاله في «الشامل»، وبيض الطير كحمل الجارية والدابة في جميع ذلك.

المسألة الثانية: لو باع شاة بشرط أنها لبون ففيه طريقان:

أحدهما: أنها على الخلاف في البيع بشرط الحمل.

والثاني: القطع بصحة البيع.

والفرق: أن شرط الحمل يقتضي وجود الحمل عند العقد، وهو غير معلوم، وشرط كونها لبوناً لا يقتضي وجود اللبن حينئذ، وإنما هو اشتراط صفة فيها، فكان بمثابة شرط الكتابة والخبز في العبد، حتى لو شرط كون اللبن في الضرع كان بمثابة شرط الحمل. وطريقة طرد الخلاف أظهر، لأنه نص في «الأم» على قولين في السلم في الشاة اللبون[٣]، إلا أن قول الصحة هاهنا أظهر منه في المسألة الأولى.

وقوله في الكتاب: (فالأصح أنه كشرط الكتابة)، يجوز أن يريد من الطريقين، والأَوْلى أن يريد من القولين، جواباً على الطريقة الأُولى. وأُعْلِمَ قولُه: (كشرط الكتابة)، بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة[٤] لا يصح البيع بهذا الشرط؛ ولذا قال: في شرط الحمل.

---

(١) في (ظ) و(ز): (معرفة قيمتهما).

(٢) في (ز): (و).

(٣) «الأم» للشافعي (٣/ ١٢٠).

(٤) لم يذكر المسألة في ظاهر الرواية، وروى الحسن في «المجرَّد» عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجوز، وروى ابن سماعة في «نوادره» عن محمد رحمهم الله تعالى: أنه لا يجوز، وهو اختيار الكرخي.
انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦٩).

ولو شرط أنها تَدِرّ كلَّ يوم كـذا رطـلاً من اللبن: لم يصح البيع[١]؛ لأن ذلك لا ينضبط[٢] ولا يقدر عليه، فصار كما لو شرط في العبد أن[٣] يكتب كل يوم عشرة أوراق. ولو باع شاة لبوناً واستثنى لبنها ففي صحة العقد وجهان، أصحهما: أنه لا يصح، كما لو استثنى الحمل في بيع الجارية، والكُسْب في بيع السمسم، والحب في بيع القطن. والله أعلم.

وفي الشروط الصحيحة باتفاقٍ أو على اختلافٍ مسائل أُخَر نشير إلى بعضها في هذا الموضع على الاختصار:

منها: البيع بشرط البراءة من العيوب.

ومنها: بيع الثمار بشرط القطع؛ وسنشرحهما.

ومنها: لو باع مكيلاً أو موزوناً أو مذروعاً، بشرط أن يكال بمكيال معين، أو يوزن بميزان معين، أو يذرع بذراع معين، أو شرط ذلك في الثمن؛ ففيه خلاف نورده في السلم، وفي معناه تعيين رجل يتولى الكيل أو الوزن.

ومنها: لو باع داراً واستثنى لنفسه سكناها، أو دابة واستثنى ظهرها، نظِر: إن لم يبين مدة: لم يصح العقد، وإن بَيَّنَ: ففيه خلاف مذكور في الكتاب في آخر الإجارة، والأصح: أنه يبطل العقد. وذهب أحمد[٤] إلى صحته.

ومنها: لو شرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفي الثمن، نظِر: إن كان مؤجلاً:

---

(١) من قوله: (بهذا الشرط) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) في (ط الفكر): (لا يضبط).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (أنه).

(٤) الشرط الواحد لا يبطل البيع، ويبطله الشرطان عند أحمد، واستثناء ظهر الحيوان لا يضر، لحديث جابر رضي الله عنه. انظر: «المغني» (٤/ ٢٤٨).

بطل العقد، وإن كان حالّاً: بني[1] على أن البداءة في التسليم بمن؟ فإن جعلنا ذلك من قضايا العقد لم يضر ذكره، وإلا فسد العقد.

ومنها: لو قال: «بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعاً»؛ فإن أراد هبة صاع أو بيعه من موضع آخر: فهو باطل؛ لأنه شرط عقد في عقد، وإن أراد أنها إن خرجت عشرة آصع أخذتُ تسعة دراهم، فإن كانت الصيعان مجهولة: لم يصح؛ لأنه لا يدري حصة كل صاع، وإن كانت معلومة: صح، فإن كانت عشرةً فقد باع صاعاً[2] وتُسُعاً بدرهم.

ولو قال: «بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعاً»؛ فإن أراد رد صاع إليه: فهو فاسد؛ لأنه شرط عقد في عقد، وإن أراد أنها إن خرجت تسعة آصع أخذت عشرة دراهم؛ فإن كانت الصيعان[3] مجهولة: لم يصح، وإن كانت معلومة: صح، وإذا كانت تسعة آصع[4]؛ فيكون كل صاع بدرهم وتسع.

وعن صاحب «التقريب»: أنه لا يصح في صورة العلم أيضاً؛ لأن العبارة لا تنبئ عن المجمل المذكور.

ولو قال: «بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعاً أو[5] أزيدك صاعاً»، ولم يبين إحدى الجهتين؛ فهو باطل[6].

---

(١) في (ظ): (فيبنى).

(٢) في (ظ): (كل صاع).

(٣) من قوله: (أخذت عشرة) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) من قوله: (تسعة آصع أخذت) إلى هنا سقط من (ز).

(٥) في (ظ): (و).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٢١). والباطل والفاسد شيء واحد عند الشافعية، ويستعملون أحدهما عن الآخر دائماً.

ومنها: لو باع قطعة أرض على أنها مئة ذراع فخرجت دون المئة؛ ففيه قولان:

أحدهما: بطلان البيع؛ لأن قضية قوله: «بعتك هذه الأرض» أن لا يكون غيرها مبيعاً، وقضية الشرط أن لا[1] تدخل الزيادة في البيع، فوقع التضاد وتعذر التصحيح.

وأظهرهما ـ وقطع به قاطعون ـ: أنه صحيح تغليباً للإشارة، وتنزيلاً لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات، وبهذا قال أبو حنيفة[2].

فعلى هذا: للمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة، ولا يسقط خياره بأن يحط البائع من الثمن قدر النقصان، وإذا أجاز فيجيز جميع الثمن أو بالقسط؟ فيه قولان، كما في تفريق الصفقة.

لكن الأظهر هاهنا: أن يجيز بجميعه؛ لأن المتناول بالإشارة تلك القطعة لا غير.

ولو كانت المسألة بحالها وخرجت القطعة أكثر من المئة؛ ففي صحة البيع قولان أيضاً: إن صححناه فالمشهور أن للبائع الخيار، فإن أجاز كانت كلها للمشتري ولا يطالبه للزيادة بشيء، وفيه وجه آخر اختاره صاحب «التهذيب»: أنه لا خيار للبائع[3].

ويصح البيع في الكل بالثمن المسمى، وينزل شرطه منزلة ما لو شرط كون المبيع معيباً فخرج سليماً لا خيار، فعلى المشهور لو قال المشتري: «لا يُفسخ فإني أقنع بالقدر المشروط شائعاً[4] والزيادة لك»؛ فهل يسقط خيار البائع؟ فيه قولان عن رواية صاحب «التقريب» وغيره:

أحدهما: نعم؛ لزوال الغبنة عن البائع.

---

(١) سقط من: (ظ) و(ز).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٢).

(٣) «التهذيب» (٣/ ٣٩٢). (م ع).

(٤) في (ط الفكر): (سابقاً).

والثاني: لا؛ لأن ثبوت حق المشتري على الشيوع يجر ضرراً. وهذا أظهر. وبه قال الإمام[1]، ورجح ابن سريج الأول في «جوابات الجامع الصغير لمحمد» رحمهما الله.

ولو قال: «لا نفسخ حتى أزيدك في الثمن» لما زاد؛ لم يكن له ذلك. ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف. ويقاس بهذه المسألة ما إذا باع الثوب على أنه عشرة أذرع، أو القطيع على أنه عشرون رأساً، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعاً وفُرِضَ نقصانٌ[2] أو زيادة. وفرق صاحب «الشامل» بين الصبرة وغيرها؛ فروي أن الصبرة إذا زادت على القدر المشروط: يرد الفضل، وإن نقصت وأجاز المشتري: يجيز بالحصة، وفيما عداها يجيز بجميع الثمن؛ لأن[3] أجزاءها تتساوى؛ فلا يجر التوزيع جهالة.

ومنها: لو قال لغيره: «بعْ عبدك من زيد بألف، على أن عليَّ خمسمئة»، فباعه على هذا الشرط هل يصح البيع؟ فيه قولان لابن سريج:

أظهرهما: لا؛ لأن الثمن يجب جميعه على المشتري، وهاهنا جعل بعضه على غيره.

والثاني: نعم، ويجب على زيد ألف، وعلى الآمر خمسمئة. كما لو قال: «ألق متاعك في البحر على أن عليّ كذا». والله أعلم.

قال:

(ومهما فسدتْ هذه الشرائـطُ فسدَ بفسادِها العَقْد، والأصحُّ أنّ شرطَ نفي خِيارِ المجلسِ والرؤيةِ فاسد).

ما يصح من البيوع لولا[4] الشرطُ: إذا ضمّ إليه شرطٌ، إما أن يكون صحيحاً

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤١٣-٤١٤).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: «وفَرَضَ نقصاناً». (م ع).

(٣) في (ظ): (لا).

(٤) في (ظ): (البيوع أو لا).

أو فاسداً، فإن كان صحيحاً فالعقد صحيح لا محالة، وإن كان فاسداً فلا يخلو؛ إما أن يكون شيئاً لا يفرد بالعقد، وإما أن يكون شيئاً يفرد بالعقد.

فإن كان الأول: نظِر: إن لم يتعلق به غرض يورث تنافساً وتنازعاً؛ فلا يؤثر ذلك في العقد، على ما سبق. قال الإمام: ومن هذا القبيل ما إذا عين الشهود لتوثيق الثمن، وقلنا: إنهم لا يتعينون؛ فلا يفسد به العقد؛ لأنا إذا ألغينا تعيين الشهود فقد أخرجناه عن أن يكون من مقاصد العقد، وإن تعلق به غرض فسد[(١)] العقد بفساده؛ للنهي عن بيع وشرط؛ ولأنه يفضي إلى المنازعة، ولأنه يوجب الجهل بالعوض، وكل ذلك قد تقدم[(٢)]. وعن أبي ثور رواية قول: إن فساد الشرط[(٣)] لا يتعدى إلى فساد العقد بحال لقصة بريرة، فإنه ﷺ أنكر على الشرط وأبطله ولم يفسد العقد.

وإن كان مما يفرد بعقد، كالرهن والكفيل، فهل يفسد البيع بشرطهما على نعت الفساد؟ فيه قولان:

أظهرهما ـ وبه قال أبو حنيفة[(٤)] ـ: نعم، كسائر الشروط الفاسدة.

والثاني ـ وبه قال المزني ـ: لا؛ لأنه يجوز إفراده عن البيع، فلا يوجب فسادُه فسادَ البيع، كالصداق في النكاح لا يوجب فسادُه فسادَ النكاح.

إذا عرفت ما ذكرناه عرفت أن قوله في الكتاب: (ومهما فسدت هذه الشرائط فسد بفسادها العقد)، غير مجرًى على إطلاقه.

---

(١) في (ظ): (فيفسد).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٨٢-٢٨٣).

(٣) في (ظ): (الشروط).

(٤) قال في «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧١): «إذا باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهناً أو كفيلًا والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل، فالبيع جائز استحساناً».

وأما قوله: (والأصح أن شرط نفي خيار المجلس والرؤية فاسد)، فلا يخفى أنه ليس له كبير تعلق بهذا الموضع.

ثم فقهه: أنه إذا باع شيئاً بشرط نفي خيار المجلس وقَبِلَه المشتري، هل يصح هذا الشرط؟ فيه طريقان؛ **أظهرهما**: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يصح؛ لقوله ﷺ: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»[(١)]، وأراد البيع الذي نفى خيار المجلس ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار[(٢)].

وأصحهما: أنه لا يصح؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا»[(٣)]، وهذا ما نص عليه في «البويطي» والقديم.

وقوله: (إلا بيع الخيار)، المراد منه أن يقطعا الخيار بعد العقد، وهو التخاير. وقيل: أراد به: إلا بيعاً شرط فيه الخيار، فإن الخيار في ذلك البيع يَنفي بعد التفرق، والاستثناء على هذا راجع إلى قوله: «ما لم يتفرقا».

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وإليه ذهب أبو إسحاق[(٤)] بعد ما كان يقول بطريقة القولين.

فإن صححنا الشرط: صح البيع ولزم، وإن أفسدنا الشرط؛ فهل يفسد البيع؟

---

(١) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٨٥)، برقم (٢١١١)، في البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار». ومسلم (٣/ ١١٦٣)، برقم (١٥٣١)، في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، مثل حديث البخاري إلا لفظ: «البيعان» بدل: «المتبايعان».

(٢) من قوله: (وأراد البيع) إلى هنا سقط من: (ط الفكر).

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٤٧)، برقم (١٢٤٥)، في البيوع، باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، عن ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا أو يختارا»، وحسنه وصححه. ولم أجد لفظ: «يختارا» عند غيره. لكن بمعناه صح عند الشيخين أيضاً.

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٤).

فيه وجهان، أصحهما: نعم؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، فأشبه ما إذا قال: «بعتك بشرط أن لا أسلمه».

وإذا سلكت سبيل الاختصار قلت: في المسألة ثلاثة أقوال، أو وجوه، أصحها: فساد الشرط والعقد جميعاً.

ولو شرط نفي خيار الرؤية على قول صِحة بيع الغائب، فقد طرد الإمام[١] وصاحب الكتاب[٢] فيه الخلاف. والآخرون[٣] قطعوا بأنه فاسدٌ مفسِدٌ.

والفرق: أنه لم يَـرَ المبيعَ ولا عَرَف حاله، فنفي الخيار فيه يؤكد[٤] الغرر، ونفي خيار المجلس لا يمكن غرراً، بل هو مخل لمقصود العقد، وإنما أثبته الشرعُ على سبيل التخفيف رفقاً بالمتعاقدين، فجاز أن لا يقدح نفيه.

وقوله في الكتاب: (والأصح أن نفي خِيار المجلس)، أراد الأصح من الوجوه جواباً على طريقةِ إثبات الخلاف في الصورتين، وهذا الخلاف شبيه بالخلاف في البيع بشرط البراءة من العيوب، وسيأتي من بعد.

ويتفرع على هذا الخلاف ما إذا قال لعبده: «إذا بعتك فأنت حر»، ثم باعه بشرط نفي الخيار؛ فإن قلنا: البيع باطل، أو قلنا: الشرط أيضاً صحيح؛ لم يعتق.

أما على التقدير الأول: فلأن اسم المبيع[٥] يقع على الصحيح، ولم يوجد.

وأما على الثاني: فلأن ملكه قد زال والعقد قد لزم، ولا سبيل إلى إعتاق ملك الغير.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٨٥).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٣٥-٣٧).

(٣) في (ز): «والأكثرون». (م ع).

(٤) في (ظ): (يذكر).

(٥) في (ظ) و(ز): (البيع).

وإن قلنا: إن العقد صحيح والشرط فاسد؛ عتق؛ لبقاء الخيار ونفوذ العتق من البائع في زمن الخيار.

وعند أبي حنيفة ومالك: لا يعتق إلا أن يبيع بشرط الخيار؛ لأن خيار المجلس غير ثابت عندهما[١]. والله أعلم.

قال:

(والعَقْدُ الفاسدُ لا يفيدُ المِلْكَ (ح)، وإنِ اتَّصلَ القبضُ به، وإنْ كانت جاريةً فوطِئها وجبَ المهرُ وثبتَ النسبُ للشُّبْهة، والولدُ حُرٌّ).

إذا اشترى شيئاً شراءً فاسداً بشرط فاسد[٢]، أو بسبب آخر، ثم قبضه: لم يملكه بالقبض، ولا ينفذ تصرفه فيه، وبه قال مالك[٣] وأحمد[٤].

وقال أبو حنيفة[٥]: إن اشترى ما لا قيمةَ له، كالدم والميتة، فالحكم كذلك، فإن

---

(١) «فتح القدير» (٦/ ٢٥٧)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٣)، و«الإشراف» (١/ ٢٤٩)، و«مواهب الجليل» (٤/ ٤٠٩)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٩١).

(٢) قوله: (بشرط فاسد) سقط من (ز).

(٣) «التاج» و«الإكليل» و«مواهب الجليل» (٤/ ٣٦١).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ١٨٠)، و«شرح منتهى الإرادات» (٢/ ١٥٤-١٥٥)، و«المبدع» (٤/ ٤١). وقدّم أحمد على مالك في نسخة (ط الفكر) و(ز).

(٥) قلت: قال الحنفية: إن كان النهي في المعاملات لعين المنهي عنه أو جزئه أفاد البطلان، أي: لا يترتب على العقد حكمه، فبيع الدم والميتة والخمر والخنزير باطل ثمناً كانت أو مثمناً، لعدم ماليتها. وإن كان النهي لوصف ملازم يفيد الفساد، كالبيع مع الربا أو مع الغرر. ومعنى الفساد: أن يترتب على العقد حكْمُه وهو الملك ملكاً خبيثاً إلا أنه يجب فسخه رفعاً للمعصية، فيفيد صحة الأصل وفساد الوصف ضرورة أن الأصل مشروع. وهذا القسم يفيد البطلان أو الفساد عند الأئمة الثلاثة، ومعناهما واحد عندهم. وإن كان النهي لوصف مجاور أفاد الكراهة فقط، كالبيع عند أذان الجمعة. =

اشتراه بشرط فاسد، وبما له قيمة في الجملة، كالخمر والخنزير، ثم قبض المبيع بإذن البائع ملكه ونفذ تصرفه فيه، لكن للبائع أن يسترده بجميع زوائده، ولو تَلِف في يده أو زال ملكه عنه ببيع أو هبة أو إعتاق؛ فعليه قيمته، إلا أن يشتري عبداً بشرط العتق، فإنه قال: يفسد العقد، وإذا تلف في يده فعليه الثمن.

لنا: أنه مَبِيع[1] مسترد بزوائده المتصلة والمنفصلة، فلا يثبت الملك فيه للمشتري، كما لو اشترى بدم أو ميتة.

إذا تقرر ذلك فعلى المشتري ردُّ المقبوضِ بالبيع الفاسِد ومؤونة رده، كالمغصوب، ولا يجوز حَبْسُه لاسترداد الثمن، ولا يتقدم به على الغرماء، خلافاً لأبي حنيفة[2] في المسألتين، وحكى القاضي ابن كج مثله وجهاً عن الإصطخري.

ونقل القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه جواز الحبس[3].

والظاهر: الأول.

ويلزمه أجرة المثل للمدة التي كان في يده، سواء استوفى المنفعة، أو تلفت[4] تحت

= انظر: «التقرير والتحبير» (١/ ٣٢٩-٣٣٤)، و«التوضيح» مع شرحه «التلويح» (٢/ ٢١٦-٢٢١)، و«الاختيار» (٢/ ٢٢-٢٣)، و«الهداية» مع «فتح القدير» و«العناية» (٦/ ٤٥٩-٤٦٥). وقران الشرط الفاسد بالعقد وإلحاقه به يفسد العقد عند أبي حنيفة، ولا يفسد عند صاحبيه، كما في «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧٦).

(١) في (ط الفكر): (بيع).

(٢) قال في «الاختيار» (٢/ ٢٢): «لكل واحد من المتعاقدين فسخه إزالة للخبث ورفعاً للفساد، ويشترط قيام المبيع حالة الفسخ». انظر للتفصيل: «بدائع الصنائع» (٥/ ٣٠٠)، وأما سائر الأحكام التي ذكرها الرافعي فلم أعثر عليها.

(٣) قوله: (جواز الحبس) سقط من (ظ).

(٤) في (ز): (تلف).

يده، أو بقيت[١] في يده؛ فعليه أرش النقصان، وإن تلف؛ فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، كالمغصوب؛ لأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده.

وفيه وجه آخر: أنه تعتبر قيمته يومَ التلف، كالعارية.

وعن الصيدلاني وغيره حكاية وجه ثالث: أنه يعتبر قيمته يوم القبض.

وقد يعبر عن هذا الخلاف بالأقوال.

وما حدث في يده من الزوائد المنفصلة، كالولد والثمرة، والمتصلة، كتعلم الحرفة والسمن؛ مضمون عليه، كزوائد المغصوب.

وفيه وجه: أنه لا يضمن الزيادة عند التلف.

ولو أنفق على العبد المبيع مدة لم يرجع على البائع إن كان عالماً بفساد البيع، فإن كان جاهلاً: فعن الصيمري: أنه على وجهين[٢].

ولو كان المبيع جارية فوطئها المشتري؛ فإن كانا جاهلين: فلا حد، ويجب المهر، وإن كانا عالمين: وجب الحد، وإن اشتراها بميتة أو دم أو خمر أو بشرط فاسد: لم يجب[٣]؛ لاختلاف العلماء، كالوطء في النكاح بلا ولي ونحوه.

قال الإمام[٤]: ويجوز أن يقال: يجب الحد؛ لأن أبا حنيفة[٥] لا يبيح الوطء وإن كان يثبت الملك بخلاف الوطء في النكاح بلا ولي[٦].

---

(١) في (ز): (وإن تعيب).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤١١): «قلت: أصحهما: لا يرجع. والله أعلم».

(٣) أي: الحدُّ.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٨٥).

(٥) قوله: (لأن أبا حنيفة) سقط من (ظ).

(٦) «مجمع الأنهر» (١/ ٥٩٠).

وإذا لم يجب الحد يجب المهر، ولا عبرة بالإذن الذي يتضمنه التمليك الفاسد، وإن كانت بكراً: وجب مع مهر البكر أرش البكارة، أما مهر المثل[١]؛ فللاستمتاع بها، وأما الأرش؛ فلإتلاف ذلك الجزء.

ولو استولدها: فالولد حر للشبهة، وعليه قيمته إن خرج حيّاً باعتبار يوم الوَضْع، وتستقر القيمة عليه بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها فخرجت مستحَقَّة: يغرم قيمة الولد ويرجع على البائع؛ لأنه غَرَّه، ثم الجارية لا تصير أمَّ ولدٍ له في الحال، فإن ملكها يوماً من الدهر: ففيه قولان، وإن دخل على الأم نقصٌ بالحمل أو الوضع: وجب الأرش. وإن خرج الولد ميتاً: فلا قيمة له، لكن إن سقط بجناية جَانٍ: وجبت الغرةُ على عاقلة الجاني، وعلى المشتري أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة والغرة، ويطالب به المالك مَن شاء مِن الجاني والمشتري. ولو ماتت في الطَّلْق[٢]: لزمه قيمتها. وكذلك لو وطئ أمة الغير بالشبهة فأحبلها فماتت في الطَّلْق لزمه قيمتها[٣]. وهذه الصورة وأخواتها مذكورة في باب الرهن في الكتاب، وسنقف على شرحها، إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى شيئاً شراء فاسداً ثم باعه من آخر؛ فهو كالغاصب يبيع المغصوب، فإن حصل في يد الثاني: فعليه رده إلى المالك، فإن تلف في يده: نظِر: إن كانت قيمته في يديهما[٤] سواء، أو كانت في يد الثاني أكثر: رجع المالك بالجميع على من شاء منهما، والقرار على الثاني؛ لحصول التلف في يده، وإن كانت القيمة في يد الأول أكثر: فضمان النقصان على الأول، والثاني[٥] يرجع به على أيهما شاء، والقرار على الثاني؛ لحصول

---

(١) في (ظ): (البكارة) وهي خطأ.

(٢) الطَّلْقُ: المخاضُ، وهو وجع الولادة. «المصباح المنير»، مادة: طلق.

(٣) قوله: (لزمه قيمتها) سقط من (ط الفكر).

(٤) في (ز): (يدهما).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (والباقي).

التلف في يده[1]، وكل نقص حدث في يد الأول لا يكون الثاني مطالباً به، وكل نقص حدث في يد الثاني يكون الأول مطالباً به ويرجع به على الثاني، وكذلك حكم أجرة المثل. والله أعلم.

قال:

(ولا ينقلبُ العقدُ صحيحاً، بخلافِ الشَّرطِ وإن كانَ في المجلسِ (ح)، ولا يصحُّ شرطُ أجلٍ (ح) وخيارٍ وزيادةِ ثمنٍ (ح) ومُثمَنٍ بعدَ لزومِ العَقد، والأَقيَسُ منعُه أيضاً في حالةِ الجوازِ).

هذه البقية تشتمل على مسألتين:

إحداهما: لو فسد البيع بشرط فاسد ثم حذفا الشرط: لا ينقلب العقد صحيحاً سواء كان الحذف في المجلس أو بعده.

وعن أبي حنيفة[2]: أنه إن كان الحذف في المجلس انعقد صحيحاً.

ولنا: مثله وجه[3] نذكره بما فيه في كتاب السلم. واحتج الأصحاب بأن العقد الفاسد[4] لا عبرة به، فلا يكون لمجلسه حكمٌ بخلاف العقد الصحيح.

الثانية: لو زاد في الثمن أو المثمن أو زاد شرط الخيار أو الأجل أو قدرهما؛ نظِر: إن كان ذلك بعد لزوم العقد: لم يلتحق بالعقد؛ لأن زيادة الثمن لو التحقت بالعقد لوجبت على الشفيع، كأصل الثمن، ولا يجب ـ وكذا الحكم عندنا ـ في رأس مال

---

(١) قوله: (لحصول التلف في يده) سقط من (ظ) و(ز).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٣).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٢): «وهو شاذ ضعيف».

(٤) من قوله: (انعقد صحيحاً) إلى هنا سقط من (ظ).

السلم والمسلم فيه والصداق وغيرها[١]، وكذا الحط عندنا لا يلتحق بالعقد حتى يأخذَ الشفيعُ بما سمي في العقد، لا بما بقي بعد الحط.

وعند أبي حنيفة[٢]: الزيادة في المثمن والصداق ورأس مال السلم تَلزم. وكذا في الثمن إن كان باقياً، وإن كان[٣] تالفاً فله مع أصحابه اختلاف فيه، ولا يثبت في المسلم فيه على المشهور. وشرط الأجل يلتحق بالعقد في الثمن والأجرة والصداق وسائر الأعواض[٤]، قال: وأما الحط فإن حَطَّ البَعْضِ[٥] يلتحق بالعقد دون حط الكل.

وإن كانت هذه الإلحاقات قبل لزوم العقد؛ فإن كانت في مجلس العقد أو في زمان الخيار المشروط؛ ففيه أوجه:

أحدها: أنها لا تلتحق؛ لتمام العقد، كما بعد اللزوم، وهذا أقيس عند صاحب الكتاب[٦]، وفي «التتمة»: أنه الصحيح.

والثاني ـ عن أبي زيد والقفال ـ: أنها[٧] تلتحق في خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأن مجلس العقد كنفس العقد، ألا ترى أنه يصلح لتعيين رأس مال السلم، والعوض في عقد الصرف بخلاف زمان الخيار المشروط؟

وأصحها[٨] عند الأكثرين: أنها تلتحق.

---

(١) في الأصل: (وغيرهما).

(٢) يصح هذا في مسألة الزيادة والحط والثمن والمثمن. كما في «مجمع الأنهر» (٢/ ٨١-٨٢).

(٣) قوله: (باقياً، وإن كان) سقط من (ظ).

(٤) في الأصل: (الأعراض).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (فإن الحط نقص).

(٦) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٨٧-٨٨).

(٧) في (ظ): (أنهما).

(٨) وهو الوجه الثالث. في (ظ) و(ز): (وأصحهما).

أما في مجلس العقد؛ فلِما ذكرنا، وأما في زمان الخيار المشروط؛ فلأنه في معناه من حيث إن العقد غير مستقر بعد الزيادة قد يحتاج إليها لتقرير العقد، فإن زيادة العوض من أحدهما تدعو الآخر إلى إمضاء العقد.

ويؤيد هذا الوجه: أن الشافعي رضي الله عنه نصَّ في كتاب السلم أنه لو أطلق السلم ثم ذكر الأجل قبل التفرق صح ولزم.

ثم هذا الجواب[١] مطلق أم هو مخصوص ببعض الأقوال في الملك في زمان الخيار؟

اختار العراقيون أنه مطلق، وحكي عن أبي علي الطبري: أنه مفرَّع على قولنا: إن الملك في زمان الخيار للبائع.

فأما إذا قلنا: إنه للمشتري، أو قلنا: إنه موقوفٌ، وأمضينا العقد: لم يلتحق بها[٢] بعد اللزوم.

وإن قلنا: إنه موقوف واتفق الفسخ فليلتحق ويرتفع بارتفاع العقد، وهذا ما اختاره الشيخ أبو علي، ووجهه بأنا إذا قلنا: إن الملك للمشتري؛ فالزيادة في الثمن لا يقابلها شيء من المثمن. وكذا الأجل والخيار لا يقابلهما شيءٌ من العوض، وحينئذ يمتنع الحكم بلزومهما. وتابعه صاحب «التهذيب»[٣] وغيره على ما اختاره.

وإذا قلنا: إنها تلتحق؛ فالزيادة تجب على الشفيع، كما تجب على المشتري. وفي الحط قبل اللزوم مثل هذا الخلاف. فإن التحق بالعقد انحط عن الشفيع أيضاً. وعلى هذا الوجه ما يلتحق بالعقد من الشروط الفاسدة قبل انقضاء الخيار بمثابة ما لو اقترنت بالعقد في إفساده، وإن حط جميعَ الثمن: كان كما لو باع بلا ثمنٍ. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (الجواز).

(٢) في (ظ): (كما).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٠٩).

قال رحمه الله:

(القسمُ الثّاني من المناهي: ما لا يدلُّ على الفَساد، وهو كلُّ ما نُهِيَ عنه لمجاورةِ ضررٍ إياه دونَ خللٍ في نفسِه، ومنه النَّهيُ عن الاحتكار، والتَّسعير).

أما ترجمة القسم فقد مر بيَانها[1] في أول الباب، وأما فقه الفصل؛ فمسألتان:

إحداهما: الاحتكار منهيٌّ عنه، ثم هو مكروهٌ أو محرم؟

قال بعض الأصحاب: إنه مكروه.

والأصح[2]: التحريم؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «لا يحتكر إلّا خاطئٌ»[3] أي: آثم. وروي: أنه ﷺ قال: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون»[4]، وروي أيضاً: «من احتكر الطعام أربعين ليلة، فقد برئ من الله، وبرئ الله عز وجل منه»[5].

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (مرَّ ما فيها).

(٢) في «الروضة» (٣/ ٤١٣): (الصحيح).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٨)، برقم (١٣٠) (١٦٠٥)، في المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، من حديث معمر رضي الله عنه، والترمذي (٣/ ٥٦٧) برقم (١٢٦٧) في البيوع، باب ما جاء في الاحتكار. عنه بهذا اللفظ، وغيرهما.

(٤) أخرجه ابن ماجَهْ (٢/ ٧٢٨)، برقم (٢١٥٣)، في التجارات، باب الحكرة والجلب، بهذا اللفظ من حديث عمر رضي الله عنه، وفي إسناده علي بن مسلم، وهو ضعيف. وبإسناد عليّ بن مسلم رواه جماعة، انظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٦١).

(٥) أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٣٣). وابن أبي شيبة في «المصنف» (٦/ ١٠٤)، في البيوع، باب احتكار الطعام، والحاكم (٢/ ١١-١٢)، في البيوع، وأخرجه أيضاً جماعة، وكلهم من رواية أصبغ بن زيد من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. واختلف في أصبَغ، فوثقه أحمد والنسائي وابن معين، وضعفه ابن سعد وابن عدي، وقال أبو حاتم: «هو منكر الحديث»، وفي إسناده أيضاً: أبو بشر، وكثيرٌ، وفيهما مقال، كما في «نصب الراية» (٤/ ٢٦٢)، وقال في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٣): «وهم ابن الجوزي فأخرجه في «الموضوعات»».

والاحتكار: أن يشتري ذو[١] الثروة الطعام في وقت الغلاء ولا يدعه للضعفاء ويحبسه ليبيعه منهم بأكثر عند اشتداد حاجاتهم. ولا بأس بالشراء في وقت الرُّخص ليبيع في وقت الغلاء لنفقته نفسه وعياله ثم يفضل شيء[٢] فيبيعه في وقت الغلاء. ولا بأس بأن يمسك غلةَ ضيعتِه ليبيع في وقت الغلاء، ولكن الأولى أن يبيع ما فضل[٣] عن كفايته. وهل يكون إمساكه مكروهاً؟ ذكروا فيه وجهين.

وتحريم الاحتكار يختص بالأقوات، ومنها التمر والزبيب، ولا يعم جميعَ الأطعمة.

[المسألة] الثانية: لا ينبغي للإمام أن يسعر، روي أن السعر غلا على عهد رسول الله ﷺ، فقالوا: يا رسول الله، سَعِّرْ لنا. فقال: «إن الله عز وجل هو المسعِّر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى ربي وليس أحد منكم يطلبني بمظلمة في دم ولا مال»[٤].

وهل يجوز ذلك؟ إن كان في وقت الرخص؛ فلا، وإن كان في وقت الغلاء؛ فوجهان:

---

(١) في (ز): (ذوو).

(٢) في (ظ): (ثم يفصل شيئاً).

(٣) في (ظ): (فصل).

(٤) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٩٢)، برقم (٣٣٠٧)، في البيوع، باب في التسعير، وسكت عليه. وقال المنذري: «أخرجه الترمذي وابن ماجَهْ، وقال الترمذي: حسن صحيح». والترمذي (٣/ ٦٠٥-٦٠٦) برقم (١٣١٤)، في البيوع، باب ما جاء في التسعير، وحسنه وصححه. وابن ماجَهْ (٢/ ٧٤١)، برقم (٢٢٠٠)، في التجارات، باب من كره أن يُسَعرَ، كلهم عن أنس بألفاظ متقاربة، وفي نسخة (ط الفكر) من العزيز: (بظلامة) بَدَلَ: (بمظلمة).

أحدهما ـ وبه قال مالك[1] ـ: يجوز؛ رفْقاً بالضعفاء.

وأصحهما[2]: أنه لا يجوز؛ تمكيناً للناس من التصرف في أموالهم، ولأنهم قد يمتنعون بسبب ذلك عن البيع فيشتد الأمر.

وعن أبي إسحاق: أنه لو كان يجلب الطعام إلى البلد؛ فالتسعير حرام، وإن كان يزرع بها وهو عند الغلاء[3] فيها؛ فلا يحرم[4].

وحَيث جوزنا التسعير فذلك في الأطعمة، ويلتحق بها علف الدواب في أظهر القولين[5].

وإذا سعّر الإمامُ عليه فخالف؛ استحق التعزير، وفي صحة البيع وجهان[6] منقولان في «التتمة».

---

(١) روى مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥١) برقم (٥٧)، في البيوع، باب الحكرة والتربص بإسناده: أن عمر بن الخطاب مرّ بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً له بالسوق، فقال له عمر بن الخطاب: «إما أن تزيد في السعر، وإما أن تُرْفَعَ من سوقنا». فقال مالك: «وهكذا يقال لمن أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس، ولكن القول للناس جميعاً: لا تبيعوا إلا بسعر كذا، فليس ذلك بالصواب». كما في «تكملة المجموع» (١٣/ ٣٤).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٣): «ومنها: التسعير، وهو حرام في كل وقت على الصحيح، والثاني: يجوز في وقت الغلاء دون الرخص».

(٣) في «الروضة» (٣/ ٤١٣): (القُنَاة)، في (ظ): (السا)، قال معلق «الروضة»: «في نسخة الظاهرية: (التناء)، وهم المقيمون».

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٦٤).

(٥) في (ظ) و(ز): (الوجهين).

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٤): «قلت: الأصح صحة البيع. والله أعلم».

قال:

(وأن يبيعَ حاضرٌ لبادٍ (م أ)؛ وهو أن يتربَّصَ بسلعتِهِ إلى أن يغاليَ في ثمنِها فيفوتَ الرِّزقُ والرِّبحُ على الناس).

عن جابر وأبي هريرة رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «لا يبيع حاضر لباد»[١].

وصورته[٢]: أن يحمل البدوي أو القروي متاعه إلى البلد ويريد بيعه بسعر اليوم ليرجع إلى موضعه[٣] ولا يلتزم مؤونة الإقامة، فيأتيه البلدي ويقول: «ضع متاعك عندي وارجعْ لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر».

وهو مأثوم[٤] به بشروطٍ:

أحدها: أن يكون عالماً بورود النهي فيه، وهذا شرطٌ يعم جميع المناهي.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧)، برقم (١٥٢٠)، في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي، عن أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «لا يَبِعْ حاضِرٌ لبادٍ»، والبخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٣٥)، برقم (٢١٦٠)، في البيوع، باب لا يشتري حاضر لبادٍ بالسمرة، في آخر الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه، وكلاهما بلفظ النهي للغائب: «لا يَبِعْ». وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٨٣)، برقم (٣٢٩٦)، في البيوع، باب في النهي أن يبيع حاضر لباد، عن أنس، بلفظ: «لا يبيع»، وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه النسائي، ورجال إسناده ثقات».

قلت: وحديث جابر مرويٌّ عند مسلم، برقم (٢٠) (١٥٢٢)، وروي أيضاً من حديث أبي سعيد في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٠)، ومن حديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم.

انظر: «نصب الراية» (٤/ ٢٢).

(٢) أي: صورة بيع الحاضر للبدوي المحرم.

(٣) أي: إلى وطنه.

(٤) وفي «الروضة» (٣/ ٤١٤): (حرام).

وثانيها: أن يظهر من ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر إما لكبر البلد وقلة ذلك الطعام، أو لعموم وجوده، أو[١] رُخص السعر فيه؛ ففيه وجهان:

أوفقهما لمطلق الخبر: أنه يحرم.

والثاني: لا؛ لأن المعنى المحرم تفويت الرفق والربح على الناس، وهذا المعنى لم يوجد هاهنا.

وثالثها: أن يكون المتاع المجلوب مما تعم الحاجة إليه، كالصوف والإقْط وسائر أطعمة القرى، فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادراً؛ فلا يدخل تحت النهي، كذلك قاله في «التهذيب»[٢].

ورابعها: أن يعرض الحضري[٣] ذلك على البدوي ويدعوه إليه، فأما إذا التمس البدوي منه بيعه له تدريجاً، أو قَصَدَ الإقامةَ في البلد ليبيعه كذلك، فسأل البلديُّ تفويضَه إليه؛ فلا بأس به؛ لأنه لم يضر بالناس، ولا سبيل إلى منع المالك عنه؛ لما فيه من الإضرار به.

ولو أن البدوي استشار الحضري فيما فيه حظُّه[٤] فهل يرشده إلى الادخار والبيع على التدريج؟ حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة وأبي إسحاق المروزي: أنه يجب عليه إرشادُه إليه؛ بذلاً للنصيحة، وعن أبي حفص بن الوكيل: أنه لا يرشده إليه؛ توسيعاً على الناس.

ثم لو باع الحضري للبدوي عند اجتماع شرائط التحريم صح البيع، وإن[٥] أثم.

---

(١) في (ظ) و(ز): (و).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٤١).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (أن يحصر القروي لحضري).

(٤) في (ظ): (احط).

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٤): «قلت: قال القفال: الإثم على البلدي دون البدوي، ولا خيار للمشتري. والله أعلم».

واحتج الشافعي رضي الله عنه للصحة بما روي في بعض الروايات: أن النبي ﷺ قال في آخر الخبر: «دعوا الناس يرزقِ الله عز وجل بعضَهم من بعض»[١]، ولولا صحة البيع لما كان في فعله تفويتٌ على الناس. والله أعلم.

قال:

(وأن يَتلقّى الـرُّكبانَ (م) ويكذبَ في سعرِ سلعتِهم، فيشتريها رخيصاً، فللبائعِ الخيارُ إذا عَرفَ كذبَه؛ لأنه تَغرير).

روي: أنه ﷺ قال: «لا تلقوا الركبان للبيع»[٢]، وفي رواية: «فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يَقْدَم السوق»[٣].

وصورته[٤]: أن يتلقى الإنسان طائفةً يحملون متاعاً إلى البلد فيشتريه منهم قبل قدومِ البلد ومعرفةِ سعره.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧)، برقم (٢٠) (١٥٢٢)، في البيوع، باب تحريم بيع الحاضر للبادي.

(٢) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٢٣)، برقم (٢١٥٠)، في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم. بلفظ: «لا تَلَقَّوُا الرُّكبان». ومسلم (٣/ ١١٥٥)، برقم (١١) (١٥١٥) في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، بلفظ: «لا يُتَلَقَّى الركبانُ للبيع»، وكلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٧)، برقم (١٧)، في البيوع، باب تحريم تلقي الجلب، عن أبي هريرة بلفظ: «لا تلقوا الجلب فمن تلقاها فاشترى منه، فإذا أتى سيدُه السوق فهو بالخيار». وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٨١)، برقم (٣٢٩٣)، في البيوع، باب في التلقي، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه مسلم والترمذي والنسائي». وحكى في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٤)، أن ابن أبي حاتم أومأ إلى أن زيادة: «فمن تلقاها فصاحب السِّلْعة بالخيار بعد أن يقدم السوق» مدرجة، ويحتاج إلى تحرير.

(٤) أي: صورة تلقي الركبان المحرم.

فيأثم[١] إن كان عارفاً بالخبر قاصداً لتلقي الركبان، لكن البيع صحيح، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعرفوا السعر، وبعده يثبت الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد سواء أَخْبَرَ كاذباً أو لم يخبر.

وإن كان الشراء بسعر البلد أو أكثر؛ ففي ثبوت الخيار وجهان:

أحدهما: يثبت، وبه قال الإصطخري وابن الوكيل؛ لظاهر الخبر.

وأصحهما: لا يثبت؛ لأنه لم يوجد تغرير وخيانة. وأجرى الوجهان فيما إذا ابتدأ الباعَةُ والتمسوا منه الشراءَ عن علم منهم بسعر البلد أو غير علم.

ولو لم يقصِدِ التلقي بل خرج لشغلٍ آخر من اصطياد وغيره فرآهم مقبلين فاشترى منهم شيئاً فهل يعصى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يتلق.

وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: نعم؛ لشمول المعنى. فعلى الأول: لا خيار لهم وإن كانوا مغبونين. وقيل: إن أخبر عن السعر كاذباً: ثبت الخيار.

وحيث ثَبَتَ الخيار في هذه الصورة[٢] فهو على الفور، كخيار العيب، أو يمتد ثلاثة أيام؟ فيه وجهان كما في خيار التصرية، أصحهما: أولهما.

ولو تلقى الركبان، وباع منهم ما يقصدون شراءه في البلد، فهل هو كالتلقي للشراء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن النهي إنما ورد عن الشراء.

والثاني: نعم؛ لما فيه من الاستبداد بالرفق الحاصل منهم.

---

(١) لارتكابه فعلًا حراماً عند اجتماع شروط التحريم.

(٢) في (ز): (الصور).

وعن مالك: أن البيع باطل في صورة تلقي الركبان[١]، وكذلك بيع الحاضر للبادي[٢]، فيجوز أن يعلم الفصلان بالميم إشارة إليه. وبمثله قال أحمد[٣] في بيع الحاضر للبادي.

وإذا تأملت ما أوردناه عرفتَ أن قوله في الكتاب: (ويكذب في سعر سلعتهم)، ليس بشرط في ثبوت الخيار. والله أعلم.

قال:

(ونهى عن السَّومِ على السَّوم، وهو بعدَ قرارِ الثَّمنِ وقبلَ العَقد، ونهى عن البَيعِ على البَيع، وهو بعدَ العَقدِ وقبلَ اللُّزوم، ونهى عن النَّجَش؛ وهو أن يرفعَ قيمةَ السِّلعةِ وهو غيرُ راغبٍ فيها؛ ليخدعَ المشتري بالتَّرغيب).

مقصود الفصل الكلام في ثلاثةٍ من المناهي في البيع:

أحدها: روي عن ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم: أن النبي ﷺ قال: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه»[٤].

---

(١) «التاج والإكليل» (٤/ ٣٧٨)، وبيع تلقي الركبان باطل عند مالك كما في «بلغة السالك» (٢/ ٣٤).

(٢) والبيع باطل عند مالك في رواية ابن القاسم عنه مع شروطه عندهم. انظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٣٧٨)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٦٩).

(٣) «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ١٥٧)، و«المبدع» (٤/ ٤٦)، و«المغني» (٤/ ٢٣٨)، وللحنابلة أيضاً شروط للمنع والبطلان.

(٤) حديث أبي هريرة أخرجه أحمد في «المسند» (٢/ ٤١١) بلفظ: «لا يسوم الرجل على سوم أخيه المسلم»، والبخاري مع «الفتح» (٤/ ٤١٣) برقم (٢١٤٠)، في البيوع، باب لا يبيع على بيع أخيه، بلفظ: «لا يبيع الرجل على بيع أخيه»، وفي كتاب الشروط، باب الشروط في الطلاق (٥/ ٣٨٢) برقم (٢٧٢٧) بلفظ: «نهى.... وأن يستام الرجل على سوم أخيه»، ومسلم (٣/ ١١٥٤) برقم (١٥١٥) في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، بلفظ: «لا يَسُمِ المسلم على سوم أخيه». =

وصورته[(١)]: أن يأخذ شيئاً ليشتريه، فيجيء غيُره إليه ويقول: «ردَّه حتى أبيع منك خيراً منه بأرخص»، أو[(٢)] يقول لمالكه: «اِستَرِدَّه؛ لأشتريه بأكثر». وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن.

فأما ما[(٣)] يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب فلغيره الدخول عليه والزيادة في الثمن. روي: أن النبي ﷺ نادى على قدح وحِلْسٍ لبعض أصحابه، فقال رجل: هما عليّ بدرهم. ثم قال آخَرُ: هُما عَلَيَّ بدرهمين. فقال ﷺ: «هما لك بدرهمين»[(٤)]، وإنما يحرم إذا حصل التراضي صريحاً.

فإن جَرَى ما يدل على الرضا، ففي تحريم السوم على سوم الغير وجهان، كالقولين في تحريم الخطبة في نظيره، والجديد: أنه لا يحرم.

وهل السكوت من أدلة الرضا إذا لم يقترن به ما يشعر بالإنكار؟ أما الخطبة فنعم، وأما هاهنا فقد قال الأكثرون: لا، بل هو كالتصريح[(٥)] بالرد، وعن بعضهم أنه كما في الخطبة حتى يخرَّج على الخلاف.

= وحديث ابن عمر رواه مسلم (٣/ ١١٥٤)، برقم (٨) (١٤١٢)، في الباب السابق بلفظ: «لا يبع الرجل على بيع أخيه».

(١) أي: صورة السوم على سوم أخيه المحرم.

(٢) في (ظ): (و).

(٣) في (ظ): (من).

(٤) أخرجه الترمذي (٣/ ٢٥٢٢)، برقم (١٢١٨)، في البيوع، باب ما جاء في بيع من يزيد، عن أنس بلفظ: أن رسول الله ﷺ باع حِلساً وقدَحاً وقال: «مَن يشتري هذا الحلس والقدح؟» فقال رجل: أخذتهما بدرهم. فقال النبي ﷺ: «مَن يزيد على درهم؟ من يزيد على درهم؟» فأعطاه رجل درهمين، فباعها منه. قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن». قلت: وهو عند النسائي أخص، وعند أبي داود وابن ماجَهْ أطول. قال في «المصباح المنير» في مادة: حلس: «والحِلْسُ: كساءٌ يجعل على ظهر البعير تحت رحله، وأيضاً بسَاطٌ يبسط في البيت».

(٥) في (ز): (كالصريح).

وثانيها: عن ابن عمر أن النبي ﷺ، قال: «لا يبع بعضكم على بيع بعض»[١].

وصورته[٢]: أن يشتري الرجل شيئاً فيَدعوه غيرُه إلى الفسخ؛ ليبيعه خيراً منه بأرخص منه، وفي معناه الشراء على الشراء؛ وهو أن يدعو البائع إلى الفسخ؛ ليشتريه منه بأكثر، ولا شك أن ذلك إنما يكون عند إمكان الفسخ.

ثم الشافعي رضي الله عنه صوَّره فيما إذا كان المتبايعان في مجلس العقد بعد، وعليه[٣] جرى كثير من الشارحين.

ونقلوا عن أبي حنيفة[٤] أن المراد من البيع على البيع هو السوم؛ لأن عنده خيار المجلس لا يثبت[٥]؛ فلا يتصور البيعُ على البيع[٦].

وقال قائلون: مدة الخيار المشروط كزمان المجلس، وهذا هو الوجه، وقوله في الكتاب: (وقيل اللزوم)، يبطل[٧] الخيارين جميعاً.

وشرط القاضي ابن كج لتحريم البيع على البيع شرطاً؛ وهو: أن لا يكون

---

(١) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٣٧)، برقم (٢١٦٥)، في البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان. ومسلم (٣/ ١١٥٤)، برقم (١٤١٢)، في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما بهذا اللفظ.

(٢) أي: صورة البيع على بيع أخيه المسلم.

(٣) في الأصل: (بعد و) ولا معنى له، وأسقطه في «مغني المحتاج» (٢/ ٣٧).

(٤) «الاختيار» (٢/ ٢٦)، وهو بيع مكروه كما في «مجمع الأنهر» (٢/ ٦٩).

(٥) «مجمع الأنهر» (٢/ ٧).

(٦) المراد بالبيع على البيع: الشراء على الشراء، وهو متصور ولو لم نقُلْ بخيار المجلس بأن يشتري من البائع قبل أن يقبضه المشتري الأول.

(٧) في (ظ) و(ز): (ينظم).

المشتري مغبوناً غبناً مفرطاً، فإن كان فله أن يعرفه ويبيعه على بيعه؛ لأنه ضربٌ من النصيحة[١].

قالوا[٢]: ولو إذن البائع في البيع على بيعه ارتفع التحريم خلافاً لبعض الأصحاب.

وثالثها: عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ نهى عن النجش[٣].

وصورته[٤]: أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليخدع الناس ويرغبهم فيها.

فهو محرم؛ لِما فيه من الخديعة، لكن لو انخدع إنسان واشتراها: صح العقد، ولا خيار له إن لم يكن ما فعله الناجش عن مواطأة البائع، وإن كان عن مواطأته فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: أنه يثبت الخيار؛ للتدليس، كما في التصرية[٥].

وأشبههما ـ عند الأئمة، وبه قال ابن أبي هريرة ـ: أنه لا خيار، لأن التفريط من جهته حيث اغتر بقوله، ولم يحتط بالبحث عن ثقاة أهل الخبرة وتخالف صورة التصرية؛ إذ لا تفريط من المشتري. وقد حكى صاحب الكتاب هذين الوجهين في فصول خيار النقيصة، وجعل وجه ثبوت الخيار أقيسَ[٦].

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٦): «قلت: هذا الشرط انفرد به ابن كج، وهو خلاف ظاهر إطلاق الحديث، والمختار: أنه ليس بشرط. والله أعلم».

(٢) في (ظ): (قال).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤١٦) برقم (٢١٤٢)، في البيوع، باب النجش، ومسلم (٣/ ١١٥٦)، برقم (١٥١٦)، في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه، وتحريم النجش وتحريم التصرية، كلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) أي: صورة النجش المحرم.

(٥) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٦١).

(٦) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٦٤).

ولو قال البائع: «أُعطيت بهذه السلعة كذا»، فصدَّقه المشتري واشتراه ثم بان خلافه؛ فإن ابن الصباغ خرَّج ثبوت الخيار له على هذين الوجهين.

وعن مالك[1]: أن شراء المنخدع في صورة النجش غير صحيح. وهو رواية عن أحمد[2] ضعيفة.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه أطلق القولَ في «المختصر» بتعصية الناجش، وشرط في تعصية من باع على بيع أخيه: أن يكون عالماً بالحديث الوارد فيه. قال الشارحون: السبب فيه أن النجش خديعة، وتحريم الخديعة واضحٌ لكل أحد، ومعلوم من الألفاظ العامة، وإن لم يكن يعلَم هذا الخبر بخصوصه. والبيع على بيع الأخ إنما عرِف تحريمه من الخبر الوارد فيه، فلا يعرفه من لا يعرف الخبر. وذكر بعضهم: أن تحريم الخداع يعرف بالعقل وإن لم يرد شرع.

ولك أن تقول: كما أن النجش خديعة، فالبيع على بيع الأخ إضرار. وكما أن تحريم النجش يعرف من الألفاظ العامة في تحريم الخداع، فكذلك تحريم البيع على البيع يعرف من الألفاظ العامة في تحريم الإضرار، وإن لم يعلم الخبر الوارد فيه بخصوصه. وأما الكلام الثاني فليس معتقدنا، ومن قال به فقد يطرده في الإضرار. والوجه توقيف المعصية[3] على مطلق معرفة الحرمة إما من عمومٍ أو من خصوص.

---

(١) روي عن مالك فيه رأيين: الأول: صحة البيع مع التحريم، والثاني: فساد البيع والحرمة.
انظر: «الإشراف» (١/ ٢٨٣)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٥٤-٦٨)، و«مواهب الجليل» (٤/ ٣٧٨)، و«التاج والإكليل» (٤/ ٣٧٧)، و«بداية المجتهد» (٢/ ١٦٨).

(٢) «المغني» (٤/ ٢٣٤)، وفي رواية عن أحمد: صحة البيع، كما في «المبدع» (٤/ ٧٥).

(٣) في (ز): (التعصية).

قال:

(ونهى عن أن تولَّهَ والدةٌ بولدِها، وذلك في الصِّغَر، فإن فُرِّقَ بينَهما بالبَيع، ففي فسادِ البَيعِ قولان؛ لأن التَّسليمَ تفريقٌ محرم، فكأنه مُتعذِّر[١]).

عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا تُوَلَّه والدة بولدها»[٢]، وعن أبي أيوب رضي الله عنه: أنه ﷺ قال: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله عز وجل بينه وبين أحبته يوم القيامة»[٣]، وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ: أنه قال: «لا يفرق بين الأم وولدها» قيل: إلى متى؟ قال: «حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية»[٤].

---

(١) كذا في (ز)، وهو الصواب، وفي غيرها: «معتذر». (م ع).

(٢) أخرجه البيهقي (٨/ ٥)، في النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد وينتقل إلى جدته، من حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه بلفظ: «لا توله والدة عن ولدها» وإسناده ضعيف كما في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٥). وابن عدي في «الكامل في ضعفاء الرجال» (١/ ٢٩٢)، من حديث أنس رضي الله عنه بلفظ: «لا يولَّهنَّ ولد على والده» وإسناده ضعيف أيضاً كما في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٥)، قال صاحب «النهاية»: «معناه: أي لا يُفرَّق بينهما في البيع».

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٨٠) برقم (١٢٨٣)، في البيوع، باب ما جاء في كراهية الفرق بين الأخوين أو بين الوالدة وولدها في البيع، وقال: «هذا حديث حسن غريب». والحاكم (٢/ ٥٥)، في البيوع، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» وسكت عليه الذهبي. قال في «التعليق المغني على الدارقطني» (٣/ ٦٨): «وفيما قاله الحاكم نظر. لأن حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح شيء. بل تكلم فيه بعضهم. قال ابن القطان في كتابه: قال البخاري: فيه نظر. وقال أحمد: أحاديثه مناكير. وقال ابن معين: ليس به بأس. وقال النسائي: ليس بالقوي. قال: ولأجل الاختلاف فيه لم يصححه الترمذي. انتهى».

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ٦٨)، وضعفه من أجل عبد الله الواقفي. والحاكم (٢/ ٥٥)، في البيوع، وصححه. وقال الذهبي: «موضوع، وعبد الله بن حسان كذاب».

فهذه الأخبار ونحوها عرَّفتنا تحريم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع والقسمة والهبة وغيرها، ولا يحرم التفريق في العتق ولا في الوصية، فلعل الموت يكون بعد انقضاء زمان التحريم، وفي الرد بالعيب اختلاف للأصحاب.

وعن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي: أنه لو اشترى جارية وولدها الصغير ثم تفاسخا البيع في أحدهما: جاز[١].

وحكم التفريق في الرهن مذكور في كتاب الرهن.

وإذا فرق بينهما بالبيع والهبة؛ ففي الصحة قولان:

أحدهما: يصح، وبه قال أبو حنيفة[٢]؛ لأن النهي لما فيه من الإضرار لا يحلل[٣] في نفس البيع.

وأصحهما: المنع؛ لما روي عن علي رضي الله عنه: أنه فرق بين جارية وولدها، فنهاه النبي ﷺ عن ذلك ورد البيع[٤]، ولأن التسليم تفريق محرم فيكون كالمتعذر، ولِمَا[٥] مَر أن العجز قد يكون حسيّاً وقد يكون شرعيّاً.

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٢).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٧٠).

(٣) في (ظ): (لا يحل).

(٤) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ مع «المختصر» (٤/ ٢٩) برقم (٢٥٨١) في الجهاد، باب في التفريق بين السبي، وقال: «ميمون لم يدرك عليّاً». قلت: ومن هذا الطريق رواه الترمذي وحسنه، وابن ماجَهْ، والحاكم وصححه، رغماً على تعليل أبي داود السابق. ومن طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بمعناه. أخرجه الحاكم (٢/ ٥٤) وقال: «غريب صحيح على شرطهما»، وقال الذهبي: «غريب»، والدارقطني (٣/ ٦٥-٦٦) وسكت عليه، وجوّز في علله على سَماع الحكم من ميمون ومن عبد الرحمن فحدث به عنهما، وصحّح ابن القطان رواية الحكم عن عبد الرحمن، كما في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٦).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (لِـما).

وحكى أبو الفرج الزاز[١]: أن القولين فيما إذا كان التفريق بعد سَقي الأم ولدها اللبأ[٢]، فأما قبله فلا صحة جزماً؛ لأنه تسبب إلى هلاك الولد.

وإلى متى يمتد تحريم التفريق؟ فيه قولان:

أحدهما: إلى البلوغ، وبه قال أبو حنيفة[٣]؛ لخبر عبادة.

وأظهرهما ـ وهو الذي نقله المزني ـ: أنه إلى سن التمييز؛ وهو سبع أو ثمان على التقريب؛ لأنه حينئذ يستغني عن التعهد والحضانة، ويقرب من هذا مذهب مالك[٤] فإن عنده يمتد التحريم إلى وقت سقوط الأسنان.

وقوله في الكتاب: (وذلك في الصغر)، يوافق القول الأول لفظاً.

ويكره التفريق بعد البلوغ، ولكن لو فرق بالبيع أو[٥] الهبة صح، خلافاً لأحمد[٦].

ولو كانت الأم رقيقة والولد حرّاً وبالعكس؛ فلا منع من بيع الرقيق، ذكره في «التتمة».

والتفريق بين البهيمة وولدها بعد استغنائه عن اللبن جائز، وعن الصيمري حكاية وجه[٧] آخر.

---

(١) في (ظ) و(ط الفكر): (البزاز).

(٢) اللِّبَأُ وزان عِنَب: أول اللبن عند الولادة. «المصباح المنير»، مادة: لبو.

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٧٠).

(٤) وعند مالك يمتد المنع إلى البلوغ في رواية، وإلى سقوط الأسنان في رواية عنه، كما في «جواهر الإكليل» (٢/ ٢٤).

(٥) في (ز): (و).

(٦) عن أحمد فيه روايتان بالجواز وعدمه كما في «المغني» (٤/ ٢٩٥).

(٧) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٧): «قلت: هذا الوجه الشاذ في منع التفريق بين البهيمة وولدها، وهو في التفريق بغير الذبح. وأما إذا ذبح أحدهما فجائز بلا خلاف. والله أعلم».

وهل الجدة والأب وسائر المحارم كالأم في تحريم التفريق؟ هذه الصورة مذكورة في كتاب السير، وسنأتي في الشرح عليها، إن شاء الله تعالى.

والآن نختم الباب بذكر أنواع أخر ورد النهي عنها:

منها ما هو من القسم الأول، ومنها ما هو من القسم الثاني:

فما هو من القبيل الأول:

بيع المحاقلة والمزابنة، وسنذكرهما[1].

ومنها: ما روي: أنه ﷺ نهى عن بيع المَجْر[2]، وفسره أبو عبيدة[3] بما في الرحم. وقيل: هو الربا[4] وقيل: هو المحاقلة والمزابنة[5].

ومنها: ما روي: أنه ﷺ نهى عن[6] بيع العربان[7]، ويقال له: «العربون» أيضاً.

---

(١) في (ظ): (وسنذكرهما في الكتاب).

(٢) أخرجه البيهقي (٥/ ٣٤١)، في البيوع، باب النهي عن بيع حبل الحبلة، من رواية ابن عمر رضي الله عنهما بلفظ: «أنه نهى عن المجر» وضعفه بتفرد موسى بن عبيدة، وذكر أنه تابعه محمد بن إسحاق بن يسار وأداه بمعناه.

(٣) هو أبو عبيدة معمر بن المثنى المتوفى سنة (٢١٠هـ) أو (٢١١هـ)، كان مِنْ كبار أئمة اللغة، صنف كثيراً في الشعر والغريب وأخبار العرب، وثقه القاسم بن سلام، واتهمه الأزهري، لجمعه الغث والثمين. انظر: «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ٢٦٠).

قال في النهاية في مادة: مجر: «بيع المَجْر وهو ما في البطون كنهيه عن الملاقيح».

(٤) هكذا في «الروضة» (٧/ ٣٩٩). وفي (ط الفكر): (الزنى).

(٥) هكذا في (ظ) و«الروضة» (٣/ ٣٩٩). وفي (ط الفكر): (للحاملة والزان).

(٦) من قوله: (بيع المجر) إلى هنا سقط من (ز).

(٧) أخرجه مالك (٢/ ٦٠٩)، برقم (١)، في البيوع، باب ما جاء في بيع العربان، عن الثقة عنده عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده، قال ابن عبد البر كما في «شرح الموطأ» للزرقاني (٣/ ٢٥٠): «والأشبه أنه ـ أي أن المحذوف الثقة عند مالك ـ عمرو بن الحارث، كما رواه الخطيب عنه عن عمرو بن شعيب، فلا =

وصورته: أن يشتري سلعة من غيره ويدفع إليه دراهم على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن وإلا فهي للمدفوع[1] إليه مجاناً. وتفسرَّ أيضاً بأن تدفع دراهم إلى صانعٍ ليعمل له ما يريده من خاتم يَصُوغه، أو خف يخرزه، أو ثوب ينسجه، على أنه إنْ رضيه فالمدفوع من الثمن وإلا لم يسترده منه. وهما متقاربان.

ومنها: ما روي أنه ﷺ نهى عن بيع السنين[2]، وله تفسيران:

أحدهما: أن يبيع ثمرة النخل سنين[3].

والثاني: أن يقول: «بعتك هذا سنة على أنه إذا انقضت السنة فلا بيع بيننا، فأَرُدُّ أنا الثمن وتَرُدُّ أنت المبيع»[4].

ومنها: ما روي: أنه ﷺ نهى عن بيع وسَلَفٍ[5]، وهو البيع بشرط القرض، وقد مر.

= يكون مرسلاً». والمرسل حجة عند أبي حنيفة ومالك وأحمد غير الشافعي. والحديث تعددت طرقه مسنداً ضعيفاً عند أحمد وأبي داود وابن ماجَهْ والدارقطني والبيهقي وابن عدي وغيرهم، وذلك يقوي بعضها بعضاً، وهذا يرفعه إلى درجة الحسن لغيره، فيكون حجة.

(١) في (ظ): (إلى المدفوع).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٧٨) برقم (١٠١)، في البيوع، باب كراء الأرض، عن جابر رضي الله عنه، ثم قال: «وفي رواية ابن أبي شيبة: عن بيع الثمر سنين». وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٤٤-٤٥)، برقم (٣٢٣٥)، في البيوع، باب في بيع السنين، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرج النسائي الفصلين مفترقين». وأخرج مسلم وابن ماجَهْ النهي عن بيع السنين، وفي لفظ لمسلم: «ثمر السنين».

(٣) هذه تفسر ما في «النهاية» لابن الأثير، في مادة: سنة.

(٤) وهذا يقال له: بيع الوفاء عند الحنفية.

(٥) أخرج الطبراني في «الكبير» (٣/ ٢٠٧)، برقم (٣١٤٦)، من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: «نهاني رسول الله ﷺ عن أربع خصال في البيع: عن بيع وسلف»، وسكت عليه في «الدراية» (٢/ ١٥٢). ومالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥٧)، برقم (٦٩)، في البيوع، باب السلف، بلاغاً، وأخرج أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٤٤)، برقم (٣٣٦١)، في البيوع، باب شرط في بيع، من حديث عبد الله بن عمرو، =

ومنها: ما روي[١]: أنه ﷺ نهى عن ثمن الهرة[٢]، قال القفال: أراد الهرة الوحشية؛ إذ ليس فيها منفعة واستئناس ولا غيره[٣].

ومنها: بيع السلاح[٤] من أهل الحرب لا يصح، لأنه لا يراد إلا للقتال فيكون بيعه منهم تقوية لهم على قتال المسلمين، ويجوز بيع الحديد منهم؛ لأنه لا يتعين للسلاح[٥].

ومنها: ما روي: أنه ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يفرك[٦]، وروي النهي

= بلفظ: «لا يحل سلف وبيع» وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجَهْ وقال الترمذي: حسن صحيح»، والإمام محمد في «الآثار» ص١٦١، برقم (٧٣٠)، في البيوع، باب التجارة والشرط في البيع، من حديث عتاب بن أسيد رضي الله عنه، وفيه نهيه ﷺ عن سلف وبيع.

(١) قوله: (ما روي) سقط من (ز).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٩)، برقم (١٥٦٩)، في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب، والنهي عن بيع السنور، عن جابر، وفيه زجر النبي ﷺ عن ثمن الكلب والسِّنور. وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٢٥)، برقم (٣٣٣٤)، في البيوع باب في ثمن السِّنَّور، عن جابر بهذا اللفظ، وسكت عليه.
وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجَهْ، وقال الترمذي: غريب».
انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ١٨).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٤٠٠): «قلت: مذهبنا أنه يصح بيع الهرة الأهلية. نص عليه الشافعي رضي الله عنه وغيره، والجواب عن الحديث من أوجه، ذكرها الخطابي: أحدها: أنه تكلم في صحته. والثاني: جواب القفال. والثالث: أنه نهي تنزيه. والمقصود أن الناس يتسامحون به ويتعاورونه، هذه أجوبة الخطابي، لكن الأول باطل، فإن الحديث في صحيح مسلم من رواية جابر رضي الله عنه، والله أعلم».

(٤) أخرج ابن عدي في «الكامل» (٦/ ٢٢٦٩) عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع السلاح في الفتنة» قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٨): «رواه ابن عدي والبزار والبيهقي مرفوعاً، وهو ضعيف، والصواب وقفه، وكذلك ذكره البخاري تعليقاً».

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٤٠٠): «قلت: بيع السلاح لأهل الذمة في دار الإسلام صحيح. وقيل: وجهان، حكاهما المتولي والبغوي والروياني وغيرهم. والله أعلم».

(٦) أخرجه البيهقي (٥/ ٣٠٣)، في البيوع، باب ما يذكر في بيع الحنطة في سنبلها، بلفظ: «حتى يَفرِك» و«حتى يشتد» بمعنى واحد، من حديث أنس، وباللفظ الثاني أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٤٣)، =

عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة[١]، وسيأتي القول فيها[٢].

ومما هو من القبيل الثاني:

بيع الرطب والعنب ممن يتوهم أنه يتخذ منهما النبيذ والخمر مكروهٌ، وإن تحقق[٣] فمنهم من قال: مكروه، ومنهم من قال: حرام[٤][٥]، وعلى التقديرين[٦]: فلو باع: صح، خلافاً لمالك[٧].

وكذا بيع السلاح من البغاة وقطاع الطريق مكروه، لكنه صحيح.

= برقم (٣٢٣٢)، في البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، من حديث أنس وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي وابن ماجَهْ. وقال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد».

(١) وفي حديث أنس الذي سبق في الصفحة السابقة من رواية أبي داود لفظ: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسوَدّ، وعن بيع الحب حتى يشتد». وسبق سكوت أبي داود عليه، وما قاله المنذري في التعليق الأول. وحديث: «نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة» أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦١٨)، برقم (١٢) في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى تبدو صلاحها، من مرسل عمرة، قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٨): «وصله الدارقطني في «العلل» من طريق أبي الرجال عن عمرة عن عائشة».

(٢) في (ظ): (فيهما).

(٣) أي: اتخاذُه ذلك.

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٤١٨): «قلت: الأصح التحريم، ثم قال الغزالي في «الإحياء»: بيع الغلمان المرد إن عرف بالفجور بالغلمان، له حكم بيع العنب من الخمار. وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية. والله أعلم».

(٥) من قوله: (مكروه، وإن) سقط من (ظ).

(٦) أي: على الوجهين.

(٧) البيع صحيح مع الكراهة الشديدة عند مالك، انظر: «التاج والإكليل» و«مواهب الجليل» (٤/ ٣٣٦). وذكر القرطبي والأبي فيه قولين عن مالك في «مواهب الجليل» (٤/ ٢٥٤).

ويكره مبايعة من اشتملت يده على الحلال والحرام، سواء كان الحلال أكثر أو بالعكس، ولو بايعه: لم يحكم بالفساد[١].

وعن مالك[٢]: أن مبايعةَ مَنْ أكثرُ مالِه حرامٌ باطلٌ.

وليس من المناهي: بيع العِيْنة[٣]، وهو: أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ويسلمه إلى المشتري ثم يشتريه قبل قبض الثمن[٤] بأقل من ذلك نقداً، وكذا يجوز

---

(١) أي: صح البيع، قال في «الروضة» (٣/٤١٨): «قلت: قال أصحابنا: لو دخل قرية يسكنها مجوس لم يصح شراء اللحم منها حتى يعلم أهليّة الذابح، لأن الأصل التحريم فلا يزال إلا يقين أو ظاهر. والله أعلم».

(٢) قال في «مواهب الجليل» (٤/ ٣٤٣): «ولا يجوز أن يبيعه ممن يعلم أنه يغش به». ولم أعثر على غيره، والظاهر أن نفي الجواز نفي الصحة.
أقول: لم أعثر على قول لمالك في هذا، وفي حاشية الدسوقي (٣/ ٢٧٧): «وأمَّا مَنْ أكثر ماله حرام والقليل منه حلال فمذهب ابن القاسم كراهة معاملته ومداينته والأكل من ماله كما قال ابن القاسم خلافاً لأصبغ القائل بحرمة ذلك». (م ع).

(٣) قلت: وردت الآثار الناهية عن بيع العينة التي أخذها غير الشافعية، أخرج أحمد في كتاب الزهد عن ابن عمر بلفظ: «إذا ضَنَّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم ذلّاً، فلم يرفعه حتى يراجعوا دينهم»، قال ابن القطان: «صحيح ورجاله ثقات». انظر: «نصب الراية» (٤/ ١٧)، وعلله في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٩)، بوجود الأعمش المدلس.
وأحمد في «المسند» (٢/ ٢٨)، وحسن إسناده ابن القيم في «تهذيب مختصر سنن أبي داود» (٥/ ١٠٤).
وأخرج أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٩٩)، برقم (٣٣١٧)، في البيوع، باب النهي عن العينة من حديث ابن عمر بلفظ: «إذا تبايعتم بالعينة» وسكت عليه. وضعف إسناده المنذري من أجل إسحاق بن أسيد، وعطاء الخراساني.
قال الذهبي في «ميزان الاعتدال» (٤/ ١٨٤) في إسحاق: «جائز الحديث»، وفي (٣/ ٧٣-٧٥): «عطاء وثّقهُ أحمد ويحيى والعجلي وأبو حاتم ويعقوب بن شيبة والترمذي، وضعفه البخاري»، وحسّن وصحّح إسناده ابن القيم في «تهذيبه» (٥/ ١٠٤)، وأخرجه أيضاً أبو يعلى والبزار في «مسنديهما»، كما في «نصب الراية» (٤/ ١٧).
وذكر ابن القيم أحاديث أخرى في النهي عن بيع العينة، وأطال في «تهذيبه» (٥/ ١٠٠-١٠٩).

(٤) في (ط الفكر): (قبل قبضه للثمن).

أن يبيع بثمن نقداً ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول أو لم يقبضه.

وقال مالك[١] وأبو[٢] حنيفة وأحمد[٣] رضي الله عنهم: لا يجوز أن يشتري بأقل من ذلك الثمن قبل قبضه.

وجوز أبو حنيفة[٤] أن يشتري بسلعة قيمتها أقل من قدر الثمن.

لنا: أنه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها، فيجوز من بائعها، كما لو اشتراه بسلعة أو بمثل ذلك الثمن أو أكثر[٥].

ولا فرق بين أن يصير بيع العينة عادةً غالبة في البلد أو لا يصير على المشهور.

وأفتى الأستاذ أبو إسحاق والشيخ أبو محمد بأنه إذا صار عادة صار البيع الثاني كالمشروط في الأول؛ فيبطلان جميعاً. ولهذا نظائر ستذكر في مواضعها.

وليس من المناهي: بيع رباع مكة، بل هو جائز.

وعن مالك[٦] وأبي حنيفة[٧]: أنه لا يجوز.

لنا: اتفاق الصحابة[٨] رضي الله عنهم فمن بعدهم عليه.

---

(١) «الإشراف» (١/ ٢٧٥)، و«مواهب الجليل» (٤/ ٤٠٨)، و«المقدمات الممهدات» (٢/ ٥٣).

(٢) «المبسوط» (١٣/ ١٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٩٨)، و«فتح القدير» (٦/ ٤٣٣).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ١٨٥)، و«المغني» (٤/ ١٩٣)، و«إعلام الموقعين» (٣/ ٣٣٥).

(٤) «البحر الرائق» (٦/ ٨٣).

(٥) قوله: (الثمن أو أكثر) سقط من (ظ).

(٦) «المغني» (٤/ ٢٨٨)، ولم أعثر عليه في كتب المالكية.

أقول: وفي القوانين الفقهية لابن جزي (ص١٨٣) «ويجوز كراء بيوت مكة وبيعها وفاقاً للشافعي، وقيل: يمنع وفاقاً لأبي حنيفة، وقيل: يكره بناءً على أن فتحها صلح أو عنوة». (م ع).

(٧) وهو مكروه عند أبي حنيفة في رواية، وغير مكروه في رواية عنه، كما قاله صاحباه. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٤٧). قال في «المصباح المنير» في مادة: ربع: «الرَّبْعُ: محلَّةُ القوم ومنزلُهم، والجمع: رِباعٌ».

(٨) قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٠): «ولعل مراده بنقل الاتفاق أن عمر اشترى الدور من أصحابها =

وليس من المناهي أيضاً: بيع المصحف وكتب[١] الحديث.

وعن الصيمري: أن بيع المصحف مكروه[٢]. قال: وقد قيل: إن الثمن يتوجه إلى الدفتين؛ لأن كلام الله عز وجل لا يباع. وقيل: إنه بدل من أجرة النسخ. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب[٣].

= حتى وسع المسجد، وكذلك عثمان وكان الصحابة في زمانها متوافرين ولم ينقل إنكار ذلك».

(١) في (ظ): (وكتاب).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤٢٠-٤٢٢): «قلت: ونص الشافعي رضي الله عنه كراهة بيع المصحف. وقال الروياني وغيره: لا يكره وسائر الكتب المشتملة على ما يباح الانتفاع به يجوز بيعها بلا كراهة.
ومن المناهي المكروهة: البيع في وقت النداء يوم الجمعة، وسبق بيانه في بابها.
ومنها: في الحديث: «نهى عن بيع المضطر»، قال الخطابي: فيه تأويلان:
أحدهما: المراد به في المكره. فلا يصح بيعه إن أكره بغير حق. وإن كان بحق: صح.
والثاني: أن يكون عليه ديون مستغرقة فتحتاج إلى بيع ما معه بالوكس، فيستحب أن لا يبتاع منه، بل يعان إما بهبة وإما بقرض، وإما باستمهال صاحب الدين، فإن اشترى منه: صح.
ومنها: النهي عن بيع المصراة، والنهي عن بيع ما فيه عيب إلا أن يبيّنه. وكلاهما حرام، إلا أنه ينعقد.
ومنها: النهي عن بيع في المسجد. وسبق تفصيله في الاعتكاف.
ومنها: يكره غبن المسترسل. ويكره بيع العينة، وسبق بيانه.
ومنها: ما قاله صاحب «التلخيص» قال: ««نهي عن بيع الماء»، وهو محمول على ما إذا أفرد ماء عين أو بئر أو نهر بالبيع، فإن باعه مع الأرض بأن باع أرضاً مع شربها من الماء في نهر أو واد: صح، ودخل الماء في البيع تبعاً. وكذا إذا كان الماء في إناء أو حوض أو غيرهما مجتمعاً، فبيعه صحيح مفرداً وتابعاً. والله أعلم».

(٣) وفي (ظ/٢٤٨-أ): «تم الجزء الرابع من كتاب «العزيز» في شرح «الوجيز» بحمد الله وعونه. وكان الفراغ منه في العشر الأخير من جمادى الأولى سنة ثمان وعشرين وسبعمئة. غفر الله لصاحبه ولكاتبه العبد الفقير إلى ربه: أحمد بن العماد بن إبراهيم بن سليمان الدَّاري الخَزْرَجِي، ولجميع المسلمين. صلى الله على أشرف المرسلين محمد وآله وصحبه أجمعين إلى يوم الدين. آمين. يا رب العالمين. حسبنا الله ونعم الوكيل. يتلوه في الجزء الذي يليه الباب الرابع في الفساد من جهة تفريق الصفقة» ثم ختمه.

قال[١] رحمه الله:

(الباب الرابع: في الفساد من جهة تفريق الصفقة.

ومهما باعَ الرَّجلُ مُلكَ نفسِه وملكَ غيره، ففي صحّةِ بيعِه في ملكِه قولان، الأصحّ: الصِّحة، ولو كانَ ما يبطلُ البيعُ[٢] فيه حرّاً أو خمراً أو خنزيراً أو ما لا قيمةَ له؛ فقولان مُرتَّبان، وأولى بالبُطلان.

وللبُطلانِ علتان: إحداهما: أن الصِّيغةَ متَّحِدة، فإذا فَسدَت في بعضِ الـمُقتضَياتِ لم تَقبلِ التَّجزّي، والأخرى: أن الثَّمنَ فيما يَصِحُّ يصيـرُ مجهولاً، وعلى هذه العِلة: لا يمتنع[٣] تفريقُ الصَّفقةِ في الرَّهنِ والهبة؛ إذ لا عِوضَ فيهما، ولا في النكاح؛ فإنه لا يَفسُدُ بالجهلِ بالعِوَض).

هذا باب طويل التفريع، كثير التردد في قواعد الفقه. ولطول تفاريعه لم ير المزني إيداع مسائله في «المختصر»، وبيض ورقة أو ورقتين ليلخصها أو[٤] يقتصر على ذكر أوضح[٥] القولين فيها، ثم لم يتفق له ذلك؛ فبقي في النسخ القديمة بعض البياض.

---

(١) في (ظ) و(هـ) و(ب): (بسم الله الرحمن الرحيم، رب يَسرْ يا كريم قال:)، واعتباراً من هنا، في عشرين لوحة، سقط نصف كلمات السَّطْرَيْن الأولين من كل صفحة، في ميكروفلم النسخةِ الظاهرية، وتداركنا هذه السقطات من النسخ الأخرى.

(٢) في (ط الفكر): (ما بطل البيع)، وفي (ز): (ما بطل فيه البيع).

(٣) في (ظ): (لا يصح).

(٤) في (ظ): (و).

(٥) في (ظ): (أرْجَح).

وللقفال وأصحابه تقسيمٌ حاوٍ لمسائل الباب في نهاية الحسن، إلا أن إيراد الكتاب لا ينطبق عليه كل الانطباق[١]، والتقسيم المناسب له أن يقال:

إذا جمع بين شيئين في صفقة واحدة لم يخلُ؛ إما أن يجمع بينهما في عقد واحد، أو في عقدين مختلفي الحكم؛ القسم الأول: أن يجمع بينهما[٢] في عقد واحد، فله حالتان:

إحداهما: أن يقع التفريق في الابتداء.

والأخرى: أن يَقع في الانتهاء.

فأما في الحالة الأولى؛ فينظر: إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع، فلا يخفى بطلان العقد في الكل، كما لو جمع بين أختين في النكاح، أو بين خمس نسوة.

وإن لم يكن كذلك؛ فإما أن يجمع بين شيئين كلٌّ منهما قابلٌ لما أورده عليه من العقد وإما أن لا يكون كذلك.

فإن كان الأول، كما لو جمع بين عينين في البيع؛ يصح العقد فيهما، ثم إن كانا[٣] من جنسين، كعبد وثوب، أو من جنس واحد لكنهما مختلفي القيمة، كعبدين: يوزع الثمن عليهما باعتبار القيمة. وإن كانا من جنس واحد وكانا متفقي القيمة، كقفيزي حنطة واحدة: يوزع عليهما باعتبار الأجزاء.

وإن كان الثاني، فإما أن لا يكون واحد منهما قابلاً لذلك العقد، كما لو باع خمراً وميتة؛ فلا يخفى حكمه[٤]، وإما أن يكون أحدُهما قابلًا.

---

(١) قوله: (محل الانطباق) سقط من (ز).

(٢) قوله: (القسم الأول: أن يجمع بينهما) سقط من (ز)، وفيها بدلًا منه: (فإن كان).

(٣) في الأصل: (كان).

(٤) وهو بطلان العقد.

فالذي هو غير قابل ضربان:

أحدهما: أن يكون متقوماً، كما لو باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة؛ ففي صحة البيع في عبده قولان:

أصحهما ـ وهو اختيار المزني ـ: أنه يصح؛ لأنه باع شيئين مختلفي الحكم، فيأخذ كل واحد منهما حكم نفسه، كما لو باع شقصاً مشفوعاً، وثوباً ثبتت الشفعة في الشقص دون الثوب.

وأيضاً: فإن الصفقة إذا اشتملت على صحيح وفاسد فالعقد صحيح في الصحيح، وقُصِر الفساد على الفساد، ومثلوا ذلك بما إذا شهد عدل وفاسق؛ لا يقضَى برد الشهادتين ولا بقبولهما، بل تلك مقبولة وهذه مردودة.

ولو قال قائل: قدم زيد وعمرو، وكان قد قدم زيد دون عمرو؛ لا يقضي بالصدق فيهما، ولا بالكذب فيهما، بل ذلك صدق وهذا كذب.

والثاني: لا يصح؛ لأحد معنيين:

الأول: أن اللفظة واحدة لا يتأتى تبعيضها، فإما أن يغلب حكم الحرام على الحلال أو بالعكس. والأول أولى؛ لأن تصحيح العقد في الحرام يمتنع، وإبطاله في الحلال غير ممتنع.

والثاني: أن الثمن المسمى يتوزع عليهما باعتبار القيمة، ولا يدري حصة كل واحد منهما عند العقد؛ فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما لو قال: «بعتك عبدي هذا بما يقابله من الألف، إذا وزع عليه وعلى عبدِ فلانٍ؛ فإنه لا يصح».

وهاتان العلتان على ما حكاه أكثر الناقلون منسوبة إلى الأصحاب، ولهم خلاف في أن العلة أيهما؟ ورواهما القاضي ابن كج عن الشافعي رضي الله عنه، وقال: له قولان في أن العلة هذه أم هذه؟

والضرب الثاني: أن لا يكون متقوماً، وهو على نوعين:

أحدهما: أن يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرضِ تغييرٍ في الخلقة، كما لو باع حرّاً وعبداً فإن الحر غير متقوم لكن يمكن[١] تقدير القيمة فيه[٢] بفرض الرق[٣] من غير تغيير في الخلقة[٤] ففي صحة البيع في العبد طريقان:

أحدهما: القطع بالفساد[٥]؛ لأن المضموم إلى العبد ليس من جنس المبيعات. ولأنّا سنذكر في التفريع[٦] الحاجة إلى التوزيع. والتوزيع هاهنا يُحوِج إلى تقدير شيءٍ في الموزع عليه، وهو غير موجود فيه.

وأصحهما: طرد القولين.

قال الإمام: ولو قلنا: في صحة البيع قولان مرتبان على ما إذا باع عبداً مملوكاً والآخر مغصوباً، لأفاد ما ذكرنا من نقل الطريقتين، وهكذا كل ترتيب، ونَقَلَ عن شيخه أن القولين على الطريقة الثانية فيما إذا كان المشتري جاهلاً بحقيقة الحال، فإن كان عالماً؛ فالوجه: القطع بالبطلان، كما لو قال: «بعتك عبدي بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان»[٧].

ولو باع عبده ومكاتبه أو أمته أو أم ولده فليس ذلك كما لو باع عبداً وحرّاً، بل هو من صور الضرب الأول؛ لأن المُكاتَب وأم الولد متقومان بالإتلاف.

---

(١) في (ز): (لكن لا يمكن)، وهو خطأ. (م ع).

(٢) من قوله: (كما لو باع) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) قوله: (بفرض الرق) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٤) قوله: (من غير تغيير في الخلقة) سقط من (ظ).

(٥) من قوله: (ففي صحة) إلى هنا كرر في (ظ).

(٦) في (ظ): (التفريعات).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣١٦).

والنوع الثاني: أن لا يَتَأَتَّى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخلقة، كما لو باع خلًّا وخمرة، أو مزكاة وميتة، أو شاة وخنزيراً؛ ففي صحة البيع في الخل والمزكاة والشاة خلاف مرتب على الخلاف في العبد والحر، والفساد هاهنا أولى[1]؛ لأن تقدير القيمة غير ممكن هاهنا إلا بفرض تغيير الخلقة، وحينئذ لا يكون المقوم هو المذكور في العقد.

وقال أبو حنيفة[2]: العقد فاسد في الكل في الضرب الثاني، وأما في الضرب الأول فيصح في الحلال، ويتوقف في المضموم إليه على الإجازة.

وصحح مالك[3] البيع في الحلال في الضربين جميعاً.

وعن أحمد[4] روايتان كقولي الشافعي رضي الله عنه.

ولو رهن عبده وعبد غيره من إنسان أو وهبهما منه، أو رهن عبداً وحرّاً، أو وهبهما؛ هل يصح الرهن والهبة في المملوك؟ يترتب ذلك على البيع، إن صححنا ثَمَّ فكذلك هاهنا، وإلَّا ففيه قولان مبنيان على العلتين، إن عللنا بامتناع تجزئة العقد الواحد فلا يصح، وإن عللنا بجهالة العوض يصح، إذ لا عوض هاهنا حتى يفرض الجهل فيه.

وعلى هذا الترتيب ما إذا زوَّج منه مسلمة ومجوسية أو أخته وأجنبيته؛ لأن جهالة العوض لا تمنع صحة النكاح.

وقوله في الكتاب: (إحداهما: أن الصفقة متحدة)، وفي بعض النسخ: (أن الصيغة متحدة)، وكلاهما مستقيم، وزاد الإمام في هذه العلة قيداً فقال: العقد متحد

---

(١) في (ط الفكر): (أولًا).

(٢) «فتح القدير» مع «الهداية» (٦/ ٤٥٦-٤٥٧).

(٣) لم أعثر عليه في كتبهم.

(٤) لم أعثر عليه في كتبهم.

في نفسه فإذا تطرق الفساد إليه وجب أن لا ينقسم؛ إذ لم يُبْنَ على الغلبة والسريان، وقصد به الاحتراز عن العتق والطلاق وما في معناهما[١].

قال:

(ولو اشترى عبدَينِ وانفسخَ العَقدُ في أحدِهما بالتَّلفِ قبلَ القَبض، أو بسببٍ يُوجِبُ الفَسخ؛ ففي الانفساخِ في الباقي قَولا تفريقِ الصَّفقة، وأولى بأن لا يَنفسخَ في الباقي).

الحالة الثانية: أن يقع التفريق في الانتهاء، وهو على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون اختياريّاً، كما لو اشترى عبدين، ثم قَبْل أن يقبضهما تلف أحدهما؛ فإن العقد ينفسخ فيه، وهل ينفسخ في الثاني؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فيما لو جمع بين مملوك وغير مملوك، تسوية بين الفساد المقرون بالعقد والفساد الطارئ قبل القبض، كما يسوي في العيب بين المقرون بالعقد وبين الطارئ قبل القبض. وهذا قد حكاه القاضي الماوردي[٢] عن أبي إسحاق المروزي[٣].

وأصحهما[٤]: القطع بعدم الانفساخ في الثاني، لأن الانفساخ طرأ بعد العقد؛ فلا يتأثر به الآخر، كما لو نكح أجنبيتين دفعة واحدة، ثم ارتفع نكاح إحداهما بردة أو رضاع؛ لا يرتفع نكاح الأخرى، وأيضاً فإن علة الفساد إما الجمع بين الحلال والحرام، وإما جهالة الثمن، ولم يوجد الجمع بين الحلال والحرام، والثمن ثابت كله في الابتداء،

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣١٦).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٣) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٣٩٤).

(٤) في (ظ) و(ز): (وأظهرهما).

والسقوط الطارئ لا يؤثر في الانفساخ، كما لو خرج المبيع معيباً وتعذر الرد لبعض الأسباب والثمن غير مقبوض؛ فيسقط بعضه على سبيل الأرش، ولا يلزم منه فساد العقد.

والطريقان جاريان فيما إذا تفرقا في السلم وبعض رأس المال غير مقبوض، أو في الصرف وبعض العوض غير مقبوض وانفسخ العقد في غير المقبوض؛ هل ينفسخ في الباقي؟ هذا إذا تلف أحدهما في يد البائع قبل أن يقبضهما.

فأما إذا قبض أحدهما وتلف الآخر في يد البائع: ترتب الخلاف في انفساخ العقد في المقبوض على الصورة السابقة، وهذه أولى بعدم الانفساخ؛ لتأكد العقد في المقبوض بانتقال الضمان فيه إلى المشتري. هذا إذا كان المقبوض باقياً في يد المشتري، فإن تلف في يده ثم تلف الآخر في يد البائع؛ فالقول بالانفساخ أضعف؛ لتلف المقبوض على ضمانه.

وإذا قلنا بعدم الانفساخ، فهل له الفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وترد قيمته.

والثاني: لا، وعليه حصته من الثمن، ولو اكترى داراً مدة وسكنها بعض المدة ثم انهدمت الدار انفسخ العقد في المستقبل، وهل ينفسخ في الماضي؟ يُخَرَّج على الخلاف في المقبوض التالف في يد المشتري، فإن قلنا: لا ينفسخ فهل[1] له الفسخ؟ فيه وجهان: فإن قلنا: ليس له ذلك؛ فعليه من المسمى ما يقابل الماضي، وإن قلنا: له الفسخ؛ فعليه أجرة المثل للماضي، ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل والباقي[2] مقبوض أو غير مقبوض، وقلنا: لو انقطع الكلُّ: انفسخ العقد فيه، انفسخ في المنقطع،

---

(١) في (ظ): (فإن قلنا بعد الانفساخ فهل).

(٢) في (ز): (والثاني).

وفي الباقي الخلاف المذكور فيما إذا تلف أحد الشيئين قبل قبضهما، وإذا قلنا: لا ينفسخ؛ فله الفسخ، فإن أجاز؛ فعليه حصته من رأس المال لا غير، وإن قلنا: لو انقطع الكل: لم ينفسخ العقد، فالمسلم بالخيار؛ إن شاء فسخ العقد في الكل وإن شاء أجازه في الكل.

وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي؟ فيه قولان بناءً على الخلاف الذي سنذكره في الضرب الثاني.

والضرب الثاني: أن يكون اختيارياً، كما لو اشترى عبدين صفقة واحدة ثم وجد بأحدهما عيباً، فهل له إفراده بالرد؟

جزم الشيخ أبو حامد في «التعليق» بأنه ليس[1] له ذلك[2].

والمشهور أنه على قولين، وبنَوْهما على جواز تفريق الصفقة؛ إن جوَّزناه يجوز[3] الإفراد، وإلا فلا، وقياس هذا البناء أن يكون قول التجويز أظهر، ولكن صرح كثير من الصائرين إلى جواز التفريق بأن منع الإقرار أصح، واحتجوا له بأن الصفقة وقعت مجتمعة ولا ضرورة إلى تفريقها؛ فلا تفرق[4].

والقولان مفروضان في العبدين، وفي كل شيئين لا يتصل منفعة أحدهما بالآخر.

فأما في زوجَي الخف ومصراعي الباب ونحوهما فلا سبيل إلى إفراد المعيب بالرد بحال، وارتكب[5] بعضهم طرد القولين فيه، ولا فرق على القولين بين أن ينفق ذلك بعد القبض أو قبله.

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٤٢٤): «وهو أظهر القولين».

(٢) «الوسيط» للغزالي (٤/ ١٢٤).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (إن جوزنا تجويز).

(٤) في (ظ): (يفرض).

(٥) في «الروضة» (٣/ ٤٢٤): (شَذَّ).

وعن أبي حنيفة[1]: أنه لا يجوز إفراد المعيب بالرد قبل القبض، ويجوز بعده إلا أن تتصل منفعة أحدهما بالآخر.

فإن لم نجوِّز الإفراد؛ فلو قال: «رددت المعيب»، هل يكون هذا ردّاً لها[2]؟ عن الشيخ أبي علي رواية وجهين فيه، أصحهما: لا، بل هو لغوٌ، ولو رضي البائع بإفرادِه: جاز في أصح الوجهين. وإن جوزنا الإفراد؛ فإن ردَّه استرد قسطه من الثمن، ولا يسترد الجميع؛ إذ لو صرنا إليه لأخلينا بعض المبيع عن المقابل.

وعلى هذا القول: لو أراد رد السليم والمعيب معاً فله ذلك أيضاً.

وفيه وجه ضعيفٌ: لو وجد العيب بالعبدين معاً، وأراد إفراد أحدهما بالرد جرى القولان.

ولو تلفَ أحد العبدين أو باعه ووجد بالباقي عيباً، ففي إفراده قولان مرتبان، وهذه الصورة أولى بالجواز؛ لتعذر ردهما جميعاً.

فإن قلنا: يجوز الإفراد: رد الباقي، واسترد من الثمن حصته، وسبيل التوزيع تقدير العبدين سليمين وتقويمهما وتقسيط الثمن على القيمتين، فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضي زيادة الواجب على ما اعترف به البائع؛ فقولان:

أصحهما ـ وقد نص عليه في «اختلاف العراقيين» ـ: أن القول قول البائع مع يمينه؛ لأنه ملك جميع الثمن بالبيع؛ فلا رجوع عليه إلا بما اعترف به.

والثاني: أن القول قول المشتري؛ لأنه تلف في يده فأشبه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة؛ لأن القول قول الغائب الذي حصل الهلاك في يده.

وإن قلنا: لا يجوز الإفراد؛ فوجهان، ويقال: قولان:

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٩-٥٠).

(٢) في (ظ) و(ز): (لهما).

أحدهما: أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي، ويردهما ويفسخ العقد، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب، واحتج له بأن النبي ﷺ أمر في المصرّاة برد الشاة وبدل اللبن الهالك[١]، فعلى هذا لو اختلفا في قيمة التالف؛ فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه حصل التلف في يده وهو الغارم.

وروى في «التتمة» وجهاً آخر: أن القول قول البائع؛ لأن المشتري يريد إزالة ملكه عن الثمن المملوك.

وأصحهما: أنه لا فسخ[٢] له، ولكنه يرجع بأرش العيب؛ لأن الهلاك أعظم من العيب، ولو حدث عنده عيبٌ ولم يتمكن من الرد؛ فعلى هذا لو اختلفا في قيمة التالف عاد القولان السابقان؛ لأنه في الصورتين يرد بعض الثمن، إلا أن على ذلك القول يرد حصة الباقي، وعلى هذا القول يرد أرش العيب. والنظر في قيمة التالف إلى يوم العقد أو يوم القبض؟ فيه مثل الخلاف الذي سيأتي في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم.

وإذا عرفت ما ذكرنا لم يَخْفَ عليك أن قوله في الكتاب: (ولو اشترى عبدين وانفسخ العقد في أحدهما بالتلف[٣] قبل القبض)، إشارة إلى الحالة الأولى.

وقوله: (أو بسبب يوجب الفسخ)، يمكن حمله على الحالة الثانية، وهو الأقرب إلى اللفظ. ويمكن حمله على سائر الصور المذكورة في الحالة الأولى، نحو الصرف والسلم. وتُؤول لفظُ الفسخ. والله أعلم.

---

(١) وهذا معنى حديث أبي هريرة الذي رواه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٢٢-٤٢٣)، برقم (٢١٤٨) في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم وكلَّ محفلة، عن النبي ﷺ: «لا تُصرُّوا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر».

(٢) في (ط الفكر): (لا يصح).

(٣) في (ظ): (بالتالف).

قال:

(والأصحّ: أن الفسادَ مقصورٌ على الفاسد، إلا إذا صارَ ثمنُ ما يصحُّ العقدُ عليه مَجهولاً، حتى لو باع عبداً له نصفُه: صحَّ في نصيبه؛ إذ حِصَّتُه نصفُ الثَّمن، وكذا بيعُ جملةِ الثمارِ وفيها عُشرُ الصدقة، بخلافِ ما لو باعَ أربعينَ شاةً وفيها الزَّكاة؛ إذ حِصّةَ الباقي مَجهولة).

أدرج في الفصل صوراً تتفرع على علَّتَيْ قول الفساد من قولَي التفريق:

منها: لو باع شيئاً يتوزع الثمن على أجزائه بعضه له وبعضه لغيره، كما لو باع عبداً له نصفه، أو صاع حنطة له نصفه، أو صاعي حنطة أحدهما له، والآخر لغيره صفقةً واحدةً، ترتب ذلك على ما لو باع عبدين أحدهما له والآخر لغيره، إن صححنا فيما يملكه فكذلك هاهنا، وإلا فقولان؛ إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام: لم يصح، وإن عللنا بجهالة الثمن: صحَّ؛ لأن حصة المملوك هاهنا معلومة.

ومنها: لو باع جملة الثمار وفيها عُشْرُ الصدقة[1] فهل يصح البيع في قدر الزكاة؟ قد بينه في باب الزكاة، فإن قلنا: لا يصح؛ فالترتيب في الباقي كما ذكرنا فيما لو باع عبداً له نصفه؛ لأن توزيع الثمن على ما له بيعه وما ليس له معلوم على التفصيل.

ومنها: لو باع أربعين شاة وفيها قدر الزكاة، وفرعنا على امتناع البيع في قدر الزكاة؛ فالترتيب في الباقي كما مر فيما لو باع عبده وعبد غيره.

ومما يتفرع على هاتين العلتين: لو ملك زيدٌ عبداً وعمرو عبداً فباعهما صفقةً واحدة بثمن واحد؛ ففي صحة العقد قولان. وكذا لو باع من رجلين عبدين له هذا

(١) في الروضة: (٣/ ٤٢٦): (وفيها الزكاة).

من هذا، وهذا من هذا، بثمن واحد؛ إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام: صح، وإن عللنا بجهالة العوض: لم يصح؛ لأن حصة كل واحد منهما مجهولة.

ومنها: قال في «التتمة»: لو باع عبده وعبدَ غيره، وسمى لكل واحد منهما ثمناً فقال: «بعتك هذا بمئة وهذا بخمسين»؛ إن عللنا باجتماع الحلال والحرام: فسد العقد، وإن عللنا بجهالة الثمن: صح في عبده.

ولك أن تقول: سنذكر أن تفصيل الثمن من أسباب تعدد العقد، وإذا تعدد وجب القضاء بالصحة على التعليلين.

إذا تقرر ذلك فاعلَمْ أن قوله: (والأصح أن الفساد مقصور على الفاسد) إلى آخره، توسطٌ[1] بين القولين، وترجيحٌ بقول الصحة في المملوك إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على أجزائه، ولقولِ الفساد فيما إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على قيمته، وهذا قد اختاره صاحب الكتاب في آخره، لكن الأكثرين لم يفرقوا بين الحالتين، ورجحوا الصحة على الإطلاق. والله أعلم.

قال:

(ثم مهما قضَينا بالصِّحّة؛ فللمشتري الخِيارَ إذا لم يُسلِّمْ له جميعَ ما اشتراه، ويأخذُ الباقي إن أجازَ بقسطِه من الثَّمن، على أصح القولين، لا بكلِّ الثَّمن).

مقصود الفصل: التفريعُ على قولي تفريق الصفقة من أصلهما، والرأيُ أن نُفْرِد كل مرتبة بالذكر، فنقول: إذا باع ماله ومال غيره صفقة واحدة وصححنا البيع في ماله؛

---

(١) أي: توسط طائفة من الأصحاب بين قولي تفريق الصفقة.

نظِر: إن كان المشتري جاهلاً بالحال: فله الخيار؛ لأنه دخل في العقد على أن يسلم له كل المبيع، ولم يسلم. فإن أجاز؛ فَكَمْ يلزمه من الثمن؟ فيه قولان:

أحدهما: جميعه؛ لأنه لغا ذكر المضموم إلى ماله؛ فيقع جميع الثمن في مقابلة ما صح العقد فيه.

وأصحهما[١] ـ وبه قال أبو حنيفة[٢] رضي الله عنه ـ: أنه لا يلزمه إلّا حصة المملوك من الثمن إذا وزع على القيمتين؛ لأنه أوقع الثمن في مقابلتهما جميعاً؛ فلا يلزم في مقابلة أحدهما إلا قسطه.

وما موضع القولين؟ قال قائلون: موضعهما أن يكون المبيع ما يتقسط الثمن على قيمته. فإن كان مما يتقسط على أجزائه ـ على ما مرَّ نظائره ـ فالواجب قسط المملوك من الثمن قولاً واحداً، والفرق أن يصير إلى التقسيط هاهنا لا يورث جهالة في الثمن عند العقد وثَمَّ بخلافه، ومنهم من طرد القولين، وهو الأظهر؛ لأن الشافعي رضي الله عنه نص على قولين فيما إذا باع الثمارَ بعد وجوب العُشْر فيها، وأفسدنا البيع في قدر الزكاة دون غيره أن الواجب جميع الثمن أو حصته؟ فإن قلنا: الواجب جميع الثمن؛ فلا خيار للبائع إذا ظفر بما ابتغاه، وإن قلنا: الواجب القسط؛ فوجهان:

أحدهما: أن له الخيار إذا[٣] لم يسلم له جميعَ الثمن.

وأصحهما: أنه لا خيار له؛ لأن التفريط من حيث باع ما لا يملكه وطمع في ثمنه.

---

(١) في (ظ): (وأظهرهما).

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير» (٦/ ٤٥٦-٤٥٧).

(٣) في (ز): (إذ).

وإن كان المشتري عالماً بالحال؛ فلا خيار له، كما لو اشترى معيباً وهو عالم بعيبه. وكم يلزمه من الثمن؟ فيه القولان كما لو كان جاهلاً وأجاز، وقطع قاطعون بوجوب الجميع هاهنا؛ لأنه التزمه عالماً بأن بعض المذكور لا يقبل العقد.

ولو باع عبداً وحرّاً، أو خلّاً وخمراً، أو مذكاة وميتة، أو شاة وخنزيراً، وصححنا العقد فيما يقبله، وكان المشتري جاهلاً بالحال وأجاز، أو عالماً؛ ففيما يلزمه من الثمن طريقان:

أحدهما: القطع بوجوب جميع الثمن؛ لأن ما لا قيمة له لا يمكن التوزيع على قيمته. ويحكى هذا عن نص صاحب «التلخيص».

وأصحهما: طرد القولين.

فإن قلنا: الواجب قسط من الثمن، فكيف تعتبر هذه الأشياء في التوزيع؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ عند المصنف ـ: أنه ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة[1].

والثاني: أنه يقدر الخمر خلّاً ويوزع عليهما باعتبار الأجزاء[2]، ونقدر الميتة مذكاة والخنزير شاة وتوزع عليهما باعتبار القيمة.

ومنهم من قال: يقدر الخمر عصيراً والخنزير بقرة[3].

ولو نكح مسلمة ومجوسية في عقد واحد، وصححنا نكاح المسلمة؛ فالصحيح

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٥/ ١٣٨).

(٢) أي: بالقيمة.

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٤٢٧): «قلت: الذي صححه الغزالي هو احتمال للإمام، والصحيح هو الثاني، وبه قطع الدارمي والبغوي وآخرون، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال. والله أعلم».

المشهور أنه لا يلزم جميع المسمَّى للمسلمة بلا خلاف؛ لأنّا إذا أثبتنا الجميع في البيع أثبتنا الخيار أيضاً. وهاهنا لا خيار، فإيجاب الجميع إجحاف[١] ولا مدفع له.

وعن رواية الشيخ أبي علي قول: أنه يلزم لها جميع المسمَّى، لكن له الخيار في ردِّ المسمَّى والرجوع إلى مهر المثل.

قال الإمام: وهذا لا يدفع الضررَ؛ فإن مهر المثل قد يكون مثل المسمَّى أو أكثر[٢].

وما الذي يلزم إذا قلنا بالصحيح؟ فيه قولان:

أظهرهما: مهر المثل.

وثانيهما: قسطها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل المجوسية.

ولو اشترى عبدين وتلف أحدهما قبل القبض وانفسخ العقد فيه، وقلنا: لا ينفسخ في الباقي؛ فله الخيار فيه، فإن أجاز؛ فالواجب قسطه من الثمن؛ لأن الثمن وجَب في مقابلتهما في الابتداء؛ فلا ينصرف إلى أحدهما في الدوام. وعن أبي إسحاق المروزي طرد القولين فيه.

فرع: لو باع شيئاً من مال الربا بجنسه ثم خرج بعض أحد العوضين مستحقّاً وصححنا العقد في الباقي وأجاز؛ فالواجب حصته[٣] بلا خلاف؛ لأن الفصل بينهما حرام.

فرع آخر: لو باع معلوماً ومجهولاً: لم يصح البيع في المجهول، وفي المعلوم يبني على ما لو كانا معلومين وأحدهما لغيره؛ إن قلنا: لا يصح فيما له لم يصح هاهنا في

---

(١) أَجْحَفَ بعبده: كلّفه ما لا يطيق. ثم استعير الإجحاف في النقص الفاحش. «المصباح المنير»، مادة: جحف.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣١٩-٣٢٠).

(٣) أي: القسط.

المعلوم، وإن قلنا: يصح؛ ففيه قولان مبنيان على أنه كم يلزمه من الثمن؟ ثم إن قلنا: الجميع صح ولزم هاهنا أيضاً جميع الثمن[١]. وإن قلنا: حصته من الثمن: لم يصح هاهنا؛ لتعذر التوزيع[٢].

ومنهم من حكى قولاً: أنه يصح وله الخيار، فإن أجاز لزمه جميع الثمن. والله أعلم.

واعلم أن لصاحب «التلخيص» والشارحين لكلامه تخريج مسائل دورية على قول تفريق الصفقة لم أوثر إخلاء هذا المجموع عن طرف منها، فعقدت له فصلاً:

فصل

قال صاحب «التلخيص» في القول الذي يرى تفريق الصفقة:

يقع للشافعي رضي الله عنه مسائل من الدور، من ذلك: لو باع مريض قفيز حنطة بقفيز حنطة، وكان قفيز المريض يساوي عشرين، وقفيز الصحيح يساوي عشرة، ومات المريض ولا مال له غيره؛ ففيها قولان:

أحدهما: أن البيع باطل.

والآخر: أن البيع جائز في ثلثي قفيز بثلثي قفيزٍ، ويبطل في الثلث، ولكل واحد منهما الخيار في إبطال البيع. وفيه قول آخر أنه لا خيار لهما فيه. هذا لفظه. وإنما صوّر في الجنس الواحد من مال الربا؛ لتجتمع أشكال الدور والربا.

وأول ما يجب معرفته في المسألة وأخواتها: أن محاباة[٣] المريض مرضَ الموت في البيع والشراء نازلة منزلة هبتِه وسائر تبرعاته في الاعتبار من الثلث، فإن زادت على

---

(١) من قوله: (ثم إن قلنا) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) أي: التقسيط.

(٣) المحاباة: المسامحة. «المصباح المنير»، مادة: حبو.

الثلث ولم تجز الورثة ما زاد، كما لو باع[١] عبداً يساوي ثلاثين بعشرة، ولا مال له غيره؛ فيرتد[٢] البيع في بعض المبيع. وما الحكم في الباقي؟ فيه طريقان:

أحدهما: القطع بصحة البيع فيه؛ لأنه نفذ في الكل ظاهراً، والرد في البعض تدارك حادث، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[٣]. ووجهه بأن المحاباة في المرض وصية، والوصية تقبل من الغرر ما لا يقبله غيرها.

وأظهرهما ـ عند أكثرهم ـ: أنه على قولي تفريق الصفقة.

وإذا قلنا بصحة البيع في الباقي، ففي كيفيتها قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أن البيع يصح في القدر الذي يحتمله الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن، ويبطل في الباقي؛ لأنه اجتمع المشتري معاوضة ومحاباة؛ فوجب أن يجمع بينهما. فعلى هذا يصح العقد في ثلثي العقد بالعشرة، ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمته والثمن، وهو عشرة، وذلك مثلا[٤] المحاباة، وهي عشرة، ولا تدور المسألة على هذا القول.

والثاني: أنه إذا ارتد البيعُ في بعض المبيع؛ وجب أن يرتد إلى المشتري ما يقابله من الثمن، فعلى هذا تدور المسألة؛ لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج من التركة، وما يقابله من الثمن يدخل فيها. ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة، وينقص بنقصانها فيزيد المبيع بحسب زيادة التركة، وتزيد التركة بحسب زيادة المقابل الداخل، ويزيد المقابل الداخل بحسب زيادة المبيع، وهذا دور.

---

(١) أي: المريضُ.

(٢) أي: بطل.

(٣) «التهذيب» (٥/ ٩٩). (م ع).

(٤) في «الروضة» (٣/ ٤٢٨): (مثل).

ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق:

منها: أن ينظر إلى ثلث المال، وينسبه إلى قدر المحاباة، ويجيز[١] البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحاباة.

فنقول في مثل هذه الصور: ثلث المال عشرة والمحاباة عشرون والعشرة نصف العشرين، فيصح البيع في نصف العبد وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن؛ وهو خمسة، كأنه اشترى سدسه بخمسة، وثلثه وصية له، تبقى مع الورثة نصف العبد؛ وهو خمسة عشر، والثمن خمسة، فالمبلغ عشرون، وذلك مثلاً المحاباة. وتحكى هذه الطريقة عن محمد بن الحسن.

ومنها[٢]: طريقة الجبر، يقول: صح البيع في شيء من العبد، وقابله من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء؛ لأن الثمن مثل ثلث[٣] العبد، ويبقى في يد الورثة عبد إلا شيء، لكن بعض النقصان انجبر بثلث الشيء العائد، فالباقي عندهم عبد إلا ثلثي شيء، وثلثا شيء قدر المحاباة وعبد إلا ثلثي شيء مثلاه. وإذا كان عبد إلا ثلثي شيء مثلي ثلثي شيء كان عديلاً لشيء وثلث شيء. فإذا أجبرنا العبد بثلثي شيء وزدنا على عديله مثل ذلك، كان العبد عديلاً لشيئين، فعرفنا أن الشيء الذي نفذ فيه البيع نصف العبد. ولا أطنب بإيراد سائر الطرق، كطريقة الخطأين[٤]، والدينار، والدرهم، وغيرهما في هذا الموضع.

فإن قلت: ما حال الخِلاف الذي ذكرتم أنهما قولان للشافعي رضي الله عنه، أو وجهان للأصحاب؟ وأيهما كان فما الأظهر منهما؟

---

(١) أي: يصحح.

(٢) أسقط في «الروضة» طريقة الجبر.

(٣) في (ظ): (ثلثا).

(٤) في (ظ): (الخطاسن).

فالجواب: أما الأول؛ فإن الإمام قال: ما أراهما منصوصين، ولكنهما مستخرجان من معاني كلام الشافعي رضي الله عنه[١]، لكن القفال والأستاذ أبا منصور البغدادي وغيرهما ذكروا أن الأول منصوص عليه، والثاني مخرج لابن سريج. وأما الثاني؛ فإن إيراد كثيرين يميل إلى ترجيح القول الأول، وبه قال ابن الحداد، لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو اختيار أكثر الحساب، وبه قال ابن القاص وابن اللبان[٢]، وتابعهم إمام الحرمين، وادعى أنه اختيار ابن سريج[٣]. لكن في هذه الدعوى نظرٌ؛ فإن الأستاذ أبا منصور وغيره نسبوا القول الأول إلى اختيار ابن سريج[٤]. والله أعلم.

إذا تقرر ذلك، عدنا إلى مسألة[٥] «التلخيص»: إن قلنا بالأول؛ فالبيع باطل فيها بلا خلاف؛ لأن مقتضاه صحة البيع في قدر الثلث، وهو ستة وثلثان. وفي القدر الذي يقابل من قفيزه قفيز[٦] الصحيح، وهو نصفه، فيكون خمسة أسداس قفيز، في مقابلة قفيز، وذلك ربا.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ٣٧٩).

(٢) ابن اللبان: هو القاضي أبو محمد عبد الله بن محمد الأصبهاني الشافعي المعروف بابن اللبان وهو غير المعروف بعلم الفرائض المتوفى سنة (٤٤٦هـ)، أخذ الفقه عن الشيخ أبي حامد، وتولى قضاء الكرخ. وكان قارئاً صالحاً، صنّف كثيراً.

قلت: توفي الجويني في (٤٧٨هـ)، وصلح أن ينقل من ابن اللبان، لكن الإسنوي وضعه في «طبقاته» في الأسماء الزائدة على «العزيز» و«الروضة».

انظر: «طبقات الشافعية» للإسنوي برقم (٧٦).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ٣٧٩).

(٤) وحكى النووي الأقوال في «الروضة» كما هي، ولم يُبيِّن رأيه في المسألة.

(٥) التي سبقت ص٨٦، وهي ما لو باع مريض صاع حنطة يساوي عشرين بصاعٍ لصحيحٍ يساوي عشرة ومات ولا مال له غيره.

(٦) اختار النووي في «الروضة» لفظ: (الصاع) بدل لفظ: (القفيز).

وإن قلنا بالثاني؛ صح البيع في ثلثي قفيز المريض، بثلثي قفيز الصحيح، وبطل في الباقي. وقطع قاطعون هاهنا بهذا القول الثاني؛ كي لا يبطل غرض الميت في الوصية. قال في «التهذيب»: وهو الأصح[١].

ووجهه: إما على طريقة النسبة؛ فلأن ثلث مال المريض ستة وثلثان، والمحاباة عشرة وستة وثلثان ثلثا عشرة. فقلنا بنفوذ البيع في ثلثي القفيز.

وأما على طريق الجبر[٢]؛ فلأن المبيع نفذ في شيءٍ وقابله من الثمن مثل نصفه، فإن قفيز الصحيح نصف قفيز المريض، وبقي في يد الورثة قفيز إلا شيء، لكن حصل لهم نصف شيء، والباقي عندهم قفيز إلا نصف شيء، فنصف شيء هو المحاباة، وما في يدهم وهو قفيز ناقص بنصف شيء مثلاه. والهاء كناية عن النصف[٣]، وإذا كان قفيز ناقص بنصف شيء مثلي نصف شيء كان عديلاً للشيء الكامل، فإذا جبرنا وقابلنا صار قفيز كامل عديل شيء ونصف شيء، فعرف أن الشيء ثلثا قفيز.

وقد عرفت بما ذكرنا أن القول الثاني من القولين اللذين أطلقهما صاحب «التلخيص» علام[٤] ينبني، وأما الأول؛ فخروجه على قولنا: أن البيع يصح في[٥] قدر الثلث وما يوازي الثمن بجميع الثمن ظاهر؛ لما فيه من الربا. ويجوز أن يكون مبنيّاً على قولنا: إن الصفقة لا تفرق، جواباً على طريقة طرد القولين في صور المحاباة.

وأما قوله: (ولكل واحد منهما الخيار في إبطال البيع)، فهو خطأ في جانب

---

(١) «التهذيب» (٥/ ٩٩). (م ع).

(٢) النووي أسقط طريق الجبر في «اختصار العزيز» في «الروضة».

(٣) قوله: (والهاء كناية عن النصف) سقط من (ظ).

(٤) غلَّطوا صاحب «التلخيص» في إطلاقه قولين في ثبوت الخيار، لما يأتي.

(٥) في (ظ): (وقد).

ورثة المريض باتفاق الأصحاب؛ لأنّا لو أثبتنا لهم الخيار لأبطلوا المحاباة أصلاً ورأساً بفسخ البيع، ولا سبيل إليه؛ لتسليط الشرع إياه على ثلث ماله. وكذا خطّؤوه في قوله: (وفيه قول آخر: أنه لا خيار لهما في جانب المشتري)؛ لأن تبعيض الصفقة على المشتري من موجبات الخيار بكل حال.

ولو كانت المسألة بحالها لكن قفيز المريض يساوي ثلاثين، وقلنا بتقسيط الثمن: صح البيع في نصف قفيز بنصف القفيز. ولو كانت بحالها لكن قفيز المريض يساوي أربعين: صح البيع في أربعة أتساع القفيز[1]. وعليك تخريج الفتوى على الطريقتين.

ثم قال صاحب «التلخيص»: ولو كان المريض قد أكل القفيز الذي أخذ؛ استوت المسائل كلها، فيجوز بيع ثلث قفيز بثلث قفيز.

قال الشارحون لكتابه: إذا أتلف المريض المحابي القفيز الذي أخذه ثم مات وفرعنا على القول الذي يجيء عليه الدور: صح البيع في ثلثه بثلث قفيز صاحبه سواء كانت قيمة قفيز المريض عشرين أو ثلاثين أو أكثر؛ لأن ما أتلفه قد نقص من ماله، أما ما صح فيه البيع فهو ملكه وقد أتلفه. وأما ما بطل فيه البيع فعليه ضمانه، فينتقص قدر الغرم من ماله، ومتى كثرت القيمة كان المصروف إلى الغرم أقل والمحاباة أكثر، ومتى قلّت كان المصروف إلى الغرم أكثر والمحاباة أقل.

ولنوضح ذلك في صورتين:

إحداهما: إذا كانت قيمة قفيز المريض عشرين، وقيمة قفيز الصحيح عشرة، وقد أتلفه المريض؛ فنقول على طريقة النسبة: مال المريض عشرون وقد أتلف عشرة يحطها من ماله، فبقي عشرة، كأنها كل ماله، والمحاباة عشرة، فثلث ماله هو ثلث المحاباة، فيصح البيع في ثلث القفيز على القياس الذي مر.

---

(١) في (ظ): (القفيز بأربعة أتساع القفيز).

وعلى طريقة الجبر[١] صح البيع في شيء من قفيز المريض، ورجع إليه مثل نصفه، فعند ورثته عشرون إلا نصف شيء، لكنه قد أتلف عشرة فالباقي في أيديهم عشرة إلا نصف شيء، وذلك مثلا نصف شيء؛ فيكون مثل[٢] شيء، فإذا جبرنا وقابلنا كانت عشرة مثل شيء ونصف شيء، فالعشرة نصف القفيز، فيكون القفيز الكامل مثل ثلاثة أشياء؛ فالشيء ثلث القفيز.

وامتحانه: أن ثلث قفيز المريض ستة وثلثان، وثلث قفيز الصحيح في مقابلته ثلاثة وثلث، فتكون المحاباة بثلاثة وثلث، وقد بقى في يد الورثة ثلثا قفيز؛ وهو ثلاثة عشر وثلث، يُؤَدي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح؛ وهو ستة وثلثان، تبقى في أيديهم ستة وثلثان؛ وهي مثلا المحاباة.

الثانية: قفيز المريض يساوي ثلاثين وباقي المسألة بحالها؛ فعلى طريقة النسبة نقول: مال المريض ثلاثون، وقد أتلف عشرة يحطها من ماله يبقى عشرون، كأنها كل ماله، والمحاباة عشرون، فثلث ماله هو ثلث المحاباة؛ فيصح البيع في ثلث القفيز.

وعلى طريقة الجبر نقول: صح البيع في شيء من قفيز المريض، ورجع إليه مثل ثلثه، فالباقي ثلاثون إلا ثلثي شيء، لكنه أتلف عشرة، فالباقي عشرون إلا ثلثي شيء، وذلك مثلا ثلثي شيء، فيكون مثل شيء وثلث شيء. فإذا جبرنا وقابلنا كان عشرون مثل شيئين، فعرفنا أن الشيء عشرة؛ وهي ثلث الثلاثين.

وامتحانه: أن ثلث قفيز المريض عشرة، وثلث قفيز الصحيح في مقابلة ثلاثة وثلث، فالمحاباة بستة وثلاثين، وقد بقي في يد الورثة ثلثا قفيز؛ وهو عشرون، يؤدي

(١) طريقة الجبر أسقطه في «الروضة» أيضاً.

(٢) في (ظ): (ثلث).

منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح؛ وهي ستة وثلثان، يبقى في أيديهم ثلاثة عشرة وثلث، وهي مثلا المحاباة.

هذا كله[١] فيما إذا أتلف صاحب القفيز الجيد ما أخذه.

أما إذا أتلف صاحب القفيز الرديء ما أخذه ولا مال له سوى قفيزه.

ففي **الصورة الأولى**؛ وهي ما إذا كانت قيمة قفيزه عشرين، وقيمة قفيز الآخر عشرة: يصح البيع في الحال في نصف القفيز الجيد، وقيمته عشرة، ويحصل للورثة في مقابلته نصف القفيز الرديء، وقيمته خمسة، فتبقى المحاباة بخمسة، ولهم نصف الآخر غرامة لما أتلف عليهم، فتحصل لهم عشرة، وهي مثلا المحاباة، والباقي في ذمة متلف القفيز الجيد، ولا تجوز المحاباة في شيء إلا بعد أن يحصل للورثة مثلاه.

وفي **الصورة الثانية**؛ وهي ما إذا كانت قيمة قفيزه ثلاثين؛ قال الأستاذ أبو منصور: يصح البيع في نصف القفيز الجيد، وهي خمسة عشر، والمحاباة ثلثه، وهو خمسة، وقد حصل للورثة القفيز الرديء، وقيمته عشرة، وهي ضعف المحاباة، ويبقى في ذمة المشتري خمسة عشر، كلما حصل منها شيء جازت المحاباة في مثل ثلثه. وغلطه إمام الحرمين فيما ذكره من جهة أنّا إذا صححنا البيع في نصف الجيد، فإنما نصححه بنصف الرديء، وهو خمسة، فتكون المحاباة بعشرة لا بخمسة. وإذا كانت المحاباة بعشرة فالواجب أن يكون في يد الورثة عشرون، وليس في يدهم إلا عشرة، فالصواب أن يقال: يصح البيع في ربع القفيز الجيد، وهو سبعة ونصف بربع الرديء، وهو درهمان ونصف، فتكون المحاباة بخمسة، وفي أيدي الورثة ضعفها عشرة[٢].

---

(١) ولم يختصر النووي في «الروضة» ما بعد هذا إلى آخر الفصل، وأول القسم الثاني من جمع الصفقة، كما لم يدخل في كتابه طريقة الجبر في المسألة السابقة.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ٤٠٧).

ثم قال صاحب «التلخيص»: «فإن كانت المسألتان بحالها، وكانا جميعاً مريضين والقفيزان بحالها لم يوكل منهما شيء، فاستقالا فَأَقالَ كل واحد منهما صاحبه، فمن أبطل البيع أبطله، ومن أجاز البيع أجاز في المسألة الأولى في سبعة أثمان قفيز وأبطله في ثمن، وأجاز الإقالة في خمسة أثمان وأبطلها في ثمنين. وفي المسألة الثانية أجاز البيع في خمسة أثمان وأبطله في ثلاثة أثمان، وأجاز الإقالة في ثلاثة أثمان وأبطلها في ثمنين.

وقوله: (فإن كانت المسألتان)، أراد بإحدى المسألتين ما إذا كانت قيمة القفيز الجيد عشرين، وبالأخرى ما إذا كانت قيمته ثلاثين وقيمة الرديء عشرة.

والذي ينبغي أن يعرف في مقدمة هذه الصورة أنه كما تعتبر محاباة المريض في البيع من الثلث، كذلك تعتبر محاباة في الإقالة[1] من الثلث، سواء قدرت الإقالة فسخاً أو بيعاً جديداً.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا باع مريض قفيز حنطة يساوي عشرين، من مريض بقفيز حنطة يساوي عشرة، ثم تقايلا وماتا من مرضهما والقفيزان بحالهما، ولا مال لهما سواهما، ولم تجز الورثة ما زاد من محاباتهما على الثلث؛ فإن منعنا تفريق الصفقة وقلنا بالتصحيح بجميع الثمن؛ فلا بيع ولا إقالة. وإن قلنا بالتصحيح بالقسط؛ فيدور كل واحد مما نفذ[2] فيه البيع والإقالة على الآخر؛ لأن البيع لا ينفذ إلا في الثلث، وبالإقالة يزيد ماله فيزيد ما نفذ فيه البيع، وإذا زاد ذلك زاد مال الثاني، فيزيد ما نفذ فيه الإقالة، فالطريق أن يقال: صح البيع في شيء من القفيز الجيد ورجع إليه من الثمن نصف ذلك الشيء، فبقي في يده عشرون إلا نصف شيء، وفي يد الآخر عشرة ونصف شيء، ثم إذا تقايلا فالإقالة إنما تصح في ثلث مال المقيل، فيأخذ ثلاثة عشر وثلث نصف شيء،

---

(١) في (ز): (تعتبر محاباة الإقالة).

(٢) في (ظ): (فيدور كلها نفذ).

وهو ثلاثة وثلث وسدس شيء، فيضمه إلى مال الأول، وهو عشرون إلا نصف شيء، يصير ثلاثة وعشرون وثلثاً إلا ثلث شيء. وهذا يجب أن يكون مثلي المحاباة أو لا؛ وهو نصف شيء، فيكون ذلك كله مثل شيء. فإذا جبرنا وقابلنا كان ثلاثة وعشرون وثلث مثل شيء، وثلث شيء يبسط الشيء والثلث أثلاثاً يكون أربعة والشيء ثلاثة أرباعه، فإذا أردنا أن نعرف كم الشيء من ثلاثة وعشرين وثلث انكسر، فسبيلنا أن نصحح السهام بأن نجعل كل عشرة ثلاثة؛ لأن الزائد على العشرين ثلاثة وثلث، وهو ثلث العشرة. وإذا جعلا كل عشرة ثلاثة أسهم صار عشرون وثلاثة وثلث سبعة أسهم، فتزيد قسمتها على الأربعة، والسبعة لا تنقسم على الأربعة، فنضرب سبعة في أربعة، فيكون ثمانية وعشرون، فالشيء ثلاثة أرباعها، وهي إحدى وعشرون. فلما عرفنا ذلك رجعنا إلى الأصل، وقلنا: العشرون التي كانت قيمة القفيز صارت أربعة وعشرين؛ لأنّا ضربنا كل ثلاثة ـ وهي سهام العشرة ـ في أربعة، فصارت اثني عشر تكون العشرون أربعة وعشرين. وقد صح البيع منهم في إحدى وعشرين، وذلك سبعة أثمان أربعة وعشرون. وإذا عرفنا ذلك وأردنا التصحيح من غير كسر جعلنا القفيز الجيد ستة عشر، والقفيز الرديء ثمانية، وقلنا: صح البيع في سبعة أثمان الجيد وهي أربعة عشر، بسبعة أثمان الرديء؛ وهو سبعة، فتكون المحاباة بسبعة، ويبقى في يد بائع الجيد تسعة: سهمان بقيا عنده وسبعة قد أخذها عوضاً، ويحصل في يد الآخر خمسة عشر؛ لأنه أخذ أربعة عشر، وكان قد بقي في يده سهم، فلما تقايلا نفذت الإقالة في عشرة؛ وهي خمسة أثمان القفيز الجيد، بخمسة أثمان القفيز الرديء؛ وهي خمسة، فقد أعطى عشرة وأخذ خمسة، فالمحاباة بخمسة.

والحاصل من ذلك كله: المستقر في يد الأول: أربعة عشر مثلا محاباة سبعة، وفي يد الثاني: عشرة مثلا محاباة خمسة. ولو كانت المسألة بحالها والقفيز الجيد يساوي ثلاثين؛

فنقول: صح البيع في شيء منه ورجع إليه من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء، فبقي في يده ثلاثون إلا ثلثي شيء، وفي يد الآخر عشرة وثلثا شيء، فإذا تقايلا أخذنا ثلاثة عشر وثلثي شيء، وذلك ثلاثة دراهم وثلث، وتسعا شيء يضم إلى مال الأول؛ فيصير ثلاثة وثلاثين وثلثاً إلا أربعة أتساع شيء؛ وهو مثلا المحاباة، وهي ثلثا شيء، فيكون مثل شيء وثلث شيء، فإذا جبرنا وقابلنا صار ثلاثة وثلاثون وثلث مثل شيء وسبعة أتساع شيء، فعلمنا أن ثلاثة وثلاثين يجب أن تقسم على شيء وسبعة أتساع شيء، فيبسط هذا المبلغ أتساعاً يكون ستة عشر يكون الشيء[1] منه تسعة، والعدد المذكور لا ينقسم على ستة عشر، فنصحح السهام بأن نجعل كل عشرة ثلاثة؛ لأن الزائد على الثلاثين ثلاثة وثلث، وذلك ثلث العشرة، وإذا فعلنا ذلك صارت ثلاثةٌ وثلاثون وثلثٌ عشرةَ أسهم، يحتاج إلى قسمتها على ستة عشر، وعشرة لا تنقسم على ستة عشر، لكن بينهما موافقة بالنصف، فنضرب جميع أحدهما في نصف الآخر تكون ثمانين، فنرجع إلى الأصل ونقول: الثلاثون التي كانت قيمة القفيز صارت اثنين وسبعين؛ لأنّا ضربنا كل ثلاثة ـ وهي سهام العشرة ـ في ثمانية فصارت أربعة وعشرين، فتكون الثلاثون اثنين وسبعين، والشيء كان تسعة من ستة عشر صار مضروباً في نصف العشرة؛ وهي خمسة، فيكون خمسة وأربعين، وذلك خمسة أثمان اثنين وسبعين، فعرفنا صحة البيع في خمسة أثمان القفيز الجيد.

فإن أردنا التصحيح على الاختصار من غير كسر جعلنا القفيز الجيد أربعة وعشرين؛ ليكون القفيز الرديء هو ثلاثة وثمن صحيح، وقلنا: صح البيع في خمسة أثمان الجيد، وهي خمسة عشر بخمسة أثمان الرديء، وهي خمسة، تكون المحاباة بعشرة، ويبقى في يد بائع الجيد أربعة عشر: تسعة بقيت عنده وخمسة أخذها عوضاً، ويجعل في يد الآخر ثمانية عشر؛ لأنه أخذ خمسة عشر، وكان قد بقي عنده ثلاثة، فلما تقايلا نفذت الإقالة في

---

(١) في (ظ): (ستة عشر التي منه).

تسعة؛ وهي ثلاثة أثمان الجيد بثلاثة أثمان الرديء، وهي ثلاثة، فقد أعطي تسعة وأخذ ثلاثة، تكون المحاباة بستة، فيستقر في يد الأول عشرون: تسعة أخذها بحكم الإقالة، وأحد عشر هي بقية الثمن، وقد[١] بقيت عنده من أربعة عشر بعد رد الثلاثة، وذلك مثلا محاباته عشرة وفي يد الثاني اثنا عشر: ثلاثة أخذها بحكم الإقالة، وتسعة بقيت عنده من ثمانية عشر بعد رد التسعة، وذلك مثلا محاباته[٢] بستة. والله أعلم.

وحكى إمام الحرمين عن بعض من لقيه من أفاضل الحسّاب في الصورتين وأخواتهما تمهيدَ طريقةٍ مبنيةٍ على أصولٍ سهلة المأخذ:

منها: أن القفيز الجيد في هذه المسائل يعتبر بالأثمان، فيقدر ثمانية أسهم، وينسب الرديء إليه باعتبار الأثمان.

ومنها: أن محاباة صاحب الجيد لا تبلغ أربعة أثمان قط، ولا تنقص عن ثلاثة أثمان قط، بل تكون بينهما، فإذا أردت أن تعرف قدرها فانسب القفيز الرديء إلى الجيد وخذ مثل تلك النسبة من الثمن الرابع[٣].

وإذا أردت أن تعرف ما يصح البيع فيه من القفيز، فانسب الرديء فيه إلى المحاباة في الأصل، وزد مثل تلك النسبة على التبرع، فالمبلغ هو الذي يصح فيه البيع. وإذا أردت أن تعرف ما يصح فيه تبرع المقيل، فانظر إلى تبرع بائع الجيد واضربه في ثلاثة أبداً، وقابل الحاصل من الضرب بالقفيز الجيد، فما زاد على القفيز فهو تبرعه. فإن أردت أن تعرف ما صحت فيه الإقالة؛ فزد على تبرعه بمثل نسبة زيادتك على تبرع صاحبه، فالمبلغ هو الذي صحت الإقالة فيه.

---

(١) في (ظ): (هي التي بقيت).

(٢) من قوله: (عشرة وفي) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ٤١٥).

مثاله في الصورة الأولى: نقول: القفيز الجيد ثمانية والرديء أربعة، فالرديء نصف الجيد، فالتبرع في ثلاثة أثمان ونصف ثمن، وإذا نسبنا الرديء إلى أصل المحاباة وجدناه مثله؛ لأن المحاباة عشرة من عشرين، فنزيد على التبرع مثله، يبلغ سبعة أثمان، فهو الذي صح البيع فيه. وإذا أردنا أن نعرف تبرع المقيل؛ ضربنا تبرع الأول في ثلاثةٍ تكون عشرةً ونصفاً، وزيادة هذا المبلغ على الثمانية اثنان ونصف؛ فعرفنا أن تبرعه في ثمنين ونصف. فإن أردنا أن نعرف ما تصح فيه الإقالة؛ زدنا على الثمنين والنصف مثله، تكون خمسة أثمان. ولا يخفى تخريج الصورة الأخرى ونحوها على هذه الطريقة. والله أعلم.

قال:

(وأصحُّ القَولَين: أنه لو جَمعَ بينَ عقدَينِ مختلفَين في صفقةٍ واحدة، كالإجارةِ والسَّلَم، أو الإجارةِ والبيع، أو النكاحِ والبَيع، مثلَ أن يقول: زوَّجتُكَ جاريَتي، وبعتُكَ عبدي بدينار؛ فالعَقدُ صحيح، وإن اختلفَت في الدَّوامِ أحكامُها[1]).

ذكرنا في أول الباب أن الجمع في صفقة واحدة بين شيئين، إما أن يكون في عقد واحد، أو في عقدين مختلفي الحكم، وقد فرغنا من القسم الأول.

وأما القسم الثاني: فإذا جمع في صفقة واحدة بين الإجارة والسلم، أو الإجارة والبيع؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يصح واحد من العقدين؛ لأنهما مختلفا الحكم؛ إذ الإجارة

---

(١) كذا في الأصول الخطية ولعل الصواب: «أحكامهما»، وهو الموجود في مطبوع «الوجيز». (م ع).

والسلم يختلفان في أسباب الفسخ والانفساخ، وكذا الإجارة والبيع يختلفان في الحكم؛ فإن التأقيت شرط في الإجارة ومبطل للبيع، وكمال القبض في الإجارة لا يتحقق إلا بانقضاء المدة؛ لأنه قبل ذلك بعرض الانفساخ بخلاف البيع. وإذا اختلفت الأحكام فربما يعرض ما يوجب فسخ أحدهما، فيحتاج إلى التوزيع وتلزم الجهالة.

وأصحهما: أنهما جميعاً صحيحان؛ لأن كل واحد منهما قابل للعقد الذي أورده عليه على الانفراد، فالجمع بينهما لا يضر، واختلاف الحكم لا أثر له. ألا ترى أنه لو باع شقصاً من دار وثوباً يجوز، وإن اختلفا في حكم الشفعة واحتجنا إلى التوزيع بسببه؟

وصورة الإجارة والسلم أن يقول: «آجَرتُك هذه الدار سنةً، وبعتك كذا سَلَماً بكذا» وصورة الإجارة والبيع أن يقول: «بعتك عبدي هذا، وآجَرتك داري سنةً بكذا».

وعلى القولين ما إذا جمع بين بيع عين وسلم، أو بيع وصرف وغيره، بأن باع ديناراً وثوباً بدراهم لاختلاف الحكم، فإنَّ قبضَ رأس المال شرط في المسلم، والتقابض شرط في الصرف، ولا يشترط ذلك في سائر البيوع.

ولو جمع بين البيع والنكاح بأن قال: «زوّجتُك جاريتي هذه، وبعتك عبدي هذا بكذا»، أو المخاطب ممن يحل له نكاح الأمة، أو قال: «زوجتك[1] ابنتي، وبعتك عبدها»، وهي صغيرة أَوْ كبيرة وَكَّلَتْه بالبيع؛ صح النكاح بلا خلافٍ. وفي البيع والمسمى في النكاح القولان؛ إن صححنا؛ وزّع المسمى على قيمة المبيع، ومهر مثل المرأة، وإلا وجب في النكاح مهر المثل.

---

(١) من قوله: (جاريتي هذه) إلى هنا سقط من (ظ).

ولو جمع بين البيع والكتابة بأن قال لعبده: «كاتبتك على نجمين، وبعتك عبدي هذا جميعاً بألف»؛ فإن حكمنا بالبطلان في الصورة السابقة؛ فهاهنا أولى، وإلا فالبيع باطل؛ إذ ليس للسيد البيع منه قبل أداء النجوم. وفي الكتابة قولان.

واعلم أن من الأصحاب من لا يُعُدُّ هذا الفصلَ من صور تفريق الصفقة؛ لأنّا في قول نبطل العقدين جميعاً، وفي قولٍ نصححهما جميعاً؛ فلا تفريق. والله أعلم.

قال:

(وتتعـدَّدُ الصَّفقةُ بتعـدُّدِ البائع، وبتفصيلِ الثمـن، مثلَ أن يقول: بعتُـكَ هـذا بدرهـمٍ والآخرَ بدينـار، وهل تتعـدَّدُ بتعدُّدِ المشـتري؟ فيه قولان).

لما كان محل القولين في مسائل الباب، ما إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت، حتى لو باع ماله في صفقة، ومال غيره في صفقة أخرى؛ صحت الأولى بلا خلاف؛ وجب النظر في أنها متى تتحد و[1] تتعدد؟ فإذا سمى لكل واحد من الشيئين ثمناً مفصلاً فقال: «بعتك هذا بكذا وهذا بكذا»، وقبِل المشتري كذلك على التفصيل؛ فهما عقدان متعددان.

ولو جمع المشتري في القبول فقال: «قبلت فيهما»؛ فكذلك على المذهب؛ لأن القبول يترتب على الإيجاب، فإذا وقع ذلك مفرقاً فكذلك القبول. وقيل: إن لم نجوِّز تفريق الصفقة لم يجز الجمع في القبول.

---

(١) قوله: (تتحد و) سقط من (ز) و(ط الفكر).

وتتعدد الصفقة أيضاً بتعدد البائع، وإن اتحد المشتري والمعقود عليه، كما إذا باع رجلان عبداً من رجل صفقة واحدة. وهل تتعدد بتعدد المشتري مثل أن يشتري رجلان عبداً من واحد؟ فيه قولان:

أصحهما: نعم، كما في طرف البائع.

والثاني: لا؛ لأن المشتري بانٍ على الإيجاب السابق، فالنظر إلى من صدر منه الإيجاب.

والقولان على ما ذكر الإمام مأخوذان من قولين، يأتي ذكرهما في أن المشتريين إذا وجدا بالعبد عيباً، وأراد أحدهما إفراد نصيبه بالرد، هل له ذلك؟ إن قلنا: نعم، عددنا الصفقة، وإلا فلا[1].

وللتعدد والاتحاد وراء ما نحن فيه آثارٌ أخر:

منها: أنا إذا حكمنا بالتعدد فوَفى[2] أحد المشتريَيْنْ نصيبه من الثمن؛ وجب على البائع تسليم قسطه من المبيع كما يسلَّم المشاع. وإن حكمنا بالاتحاد: لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما، وإن وفى[3] جميع ما عليه حتى يوفي[4] الآخر لثبوت حق الحَبْسِ[5] للبائع، كما لو اتحد المشتري ووَفى[6] بعض الثمن؛ لا يسلم إليه قسطه[7] من المبيع، على أن فيه وجهاً[8]: أنه يسلم إليه القسط إذا كان المبيع مما يقبل القسمة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٢١).

(٢) في (ز) و(ظ): (فوفر).

(٣) في (ز): (وفر).

(٤) في (ز): (يوفر).

(٥) في (ط الفكر): (الحنس).

(٦) في «الروضة» (٣/ ٤٣٢): (وسلّم)، وفي (ز) و(ظ): (وفَّر).

(٧) في (ط الفكر) و(ظ): (قسط).

(٨) وهو وجه شاذ. قاله في «الروضة» (٣/ ٤٣٢).

ومنها: أنا إذا قلنا بالتعدد؛ فلو خاطب واحد رجلين فقال: «بعت منكما هذا العَبد بألف»، فقبل أحدهما نصفه بخمسمئة؛ ففي صحته وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه في حكم صفقتين.

وأصحهما: أنه لا يصح؛ لأن الإيجاب وقع جملةً، وإنه يقتضي جوابهما جميعاً. ويجري الوجهان فيما لو قال مالكا عبدٍ لرجل: «بعنا منك هذا العبد بألف»، فقبل نصيب أحدهما بعينه بخمسمئة.

وقد يعرض للناظر تخريج خلاف في تعدد الصفقة بتعدد البائع من وجهين ذكروهما فيما إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من إنسان، هل لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من الثمن؟ أحدهما ـ وبه قال المزني ـ: أنه لا ينفرد. ولعلنا نذكرهما بتوجيههما في غير هذا الموضع.

قال:

(وإذا جرى العقدُ بوكالة؛ فالأصحُّ: أن الاعتمادَ على الموكَّلِ في تعدادِه[1] واتّحاده).

إذا وكل رجلان رجلاً بالبيع أو الشراء، وقلنا: إن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، أو وكَّل رجلٌ رجلين بالبيع أو الشراء؛ فالاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعاقد أو المعقود له؟ فيه وجوه:

أحدها ـ وبه أجاب ابن الحداد ـ: أن الاعتبار بالعاقد؛ لأن الأحكام تتعلق به، ألا ترى أن العِبْرة رؤيته دون رؤية الموكل، وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل؟

---

(١) في (ز): «تعدُّده». (م ع).

والثاني ـ وبه قال أبو زيد والخِضْري ـ: أن الاعتبار بالمعقود له؛ لأن الملك يثبت له. وهذا أصَحّ عند صاحب الكتاب، والأول أصح عند الشيخ أبي علي والأكثرين.

والثالث ـ ويحكى عن أبي إسحاق[(١)] ـ: أن الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له، وفي طرف الشراء بالعاقد. والفرق: أن العقد يتم في جانب الشراء بالمباشر دون المعقود له، ألا ترى أن المعقود له لو أنكر كون المباشر مأذوناً له، وقع العقد عن المباشِر، وفي جانب البيع لا يتم بالمباشر، حتى لو جحد المعقود له الإذن[(٢)]؛ بطل البيع[(٣)]؟ قال الإمام: وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة، فأما إذا وكله بشراء عبد بثوب له معيَّنٍ فهو كالتوكيل بالبيع.

والرابع، ذكره في «التتمة»: أن الاعتبار في جانب الشراء بالموكل، وفي البيع بهما جميعاً، فأيهما تعدد تعدد العقدُ. ووجهه أن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع، ولا يتعدد بتعدد الوكيل، حتى لو اشترى الواحد شقصاً لاثنتين؛ كان للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما، وبالعكس، لو اشترى وكيلان شقصاً لواحدٍ؛ لم يجز للشفيع أخذ بعضه، وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل والموكل واحد، حتى لو باع وكيل رجلين شقصاً من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه. وإذا ثبت ما ذكرناه في حكم الشفعة فكذلك في سائر الأحكام.

ويتفرع على هذه الوجوه فروع:

أحدها: لو اشترى شيئاً بوكالة رجلين فخرج معيباً، وقلنا: الاعتبار بالعاقد؛ فليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد، كما لو اشترى ومات عن ابنين وخرج معيباً؛

---

(١) أي: المروزي.

(٢) أي: في المباشرة.

(٣) في «الروضة» (٣/ ٤٣٣): (له الإذن وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع).

لم يكن لأحدهما إفراد نصيبه بالرد، وهل لأحد الموكلين والابنين أخذ الأرش إن وقع اليأس عن رد الآخر بأن[1] رضي به؟ فنعم، وإن لم يقع؛ فكذلك في أصح الوجهين.

الثاني: لو وكل رجلان رجلاً ببيع عبدٍ لهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معيباً؛ فعلى الوجه الأول: لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما، وعلى الوجه الآخر: يجوز.

ولو وكل رجل رجلين ببيع عبده فباعاه من رجل؛ فعلى الوجه الأول: يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما، وعلى الوجوه الأخرى[2]: لا يجوز.

ولو وكل رجلان رجلاً بشراء عبد، أو وكّل رجل رجلاً بشراء عبد له ولنفسه، ففعل وخرج العبد معيباً؛ فعلى الوجه الأول والثالث: ليس لأحد الموكلين إفراد نصيبه بالرد، وعلى الثاني والرابع: يجوز.

وعن القفال: أنه إن علم البائع أنه يشتري لاثنين؛ فلأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتشقيص[3]، وإن جهله البائع: فلا رد.

الثالث: لو وكل رجلان رجلاً ببيع عبدٍ، ورجلان رجلاً بشراه، فتبايع الوكيلان وخرج المبيع معيباً؛ فعلى الوجه الأول: لا يجوز التفريق، وعلى الوجوه الأُخَر: يجوز.

ولو وكل رجل رجلين ببيع عبد، ورجلين[4] آخرين بشراه، فتبايع الوكلاء؛ فعلى الوجه الأول: يجوز التفريق، وعلى الوجوه الأُخَر: لا يجوز. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (أن).

(٢) في (ظ): (وعلى الوجه الآخر).

(٣) في (ظ): (بالشقصين).

(٤) في (ظ): (رجل).

قال رحمه الله:

(النَّظرُ الثاني: في لزوم اتِّحادِ العَقدِ وجوازِه، والأصلُ في البيعِ اللُّزوم. والخيارُ عارض. ثم[1] ينقسمُ الخيار: إلى خيارِ التَّـروِّي، وإلى خيار النَّقيصة. وخيارَ التَّروِّي: ما لا يتوقَّفُ على فواتِ وصف. وله سببان: أحدهما[2]: المجلس، فيثبتُ (م ح) خِيارُ المجلسِ في كلِّ معاوضةٍ محضةٍ؛ من بيعٍ وسلمٍ وصرفٍ وإجارةٍ (ح)، لا[3] فيما يَستعقبُ عتاقةً، كشراءِ القريبِ وشراء العبدِ نفسه (و)، ولا يَثبتُ فيما لا يُسمّى بيعاً (و)؛ لأن مستندَه قولُه عليه السَّلام: «المتبايعانِ بالخِيار ما لم يتفرقا»).

ذكرنا في أول البيع أنه أدرج كلام الكتاب في خمسة أطراف، وهذا أوان الفراغ من الطرف الأول والشروع في الطرف الثاني؛ وهو الكلام في لزوم العقد وجوازه، ولا نناقش في إبداله لفظ الطرف هاهنا وبعده بالنظر، فالأمر فيه سهل.

وقوله: (والأصل في البيع اللزوم والخيار عارض)، ليس المراد منه عروض الجواز على اللزوم بعد ثبوت اللزوم، لكن المراد منه أحد أمرين:

أولهما: أن البيع من العقود التي يقتضي وضعُها اللزوم؛ ليتمكن كل واحد من المتعاقدين من التصرف فيما أخذه آمناً من نقض صاحبه عليه.

والثاني: أن الغالب من حالات البيع اللزوم، والجواز لا يثبت إلا في الأقل، ومن البينات: أن المراد من اللزوم انفكاكُه عن الخيار، ومن الجواز كونه بحال ثبوت الخيار.

---

(١) في (ظ): (و).

(٢) في (ظ): (السبب الأول)، وفي (ز): (الأول).

(٣) في (ز): (إلا فيما).

ثم الخيار على قسمين؛ لأنه إما أن لا يتوقف على فوات شيء، بل يتعلق بمجرد التشهي، وهذا ما عبر عنه بخيار التروي[١]. وإما أن يتوقف على فوات شيءٍ مظنون الحصول، وهذا ما عبر عنه بخيار النقيصة[٢].

أما القسم الأول: فقد ذكر في الكتاب أن له سببين، وهو مفرع على قولنا: إن بيع الغائب لا يصح، فإن صَححناه؛ أثبتنا خيار الرؤية. ومعلوم أنه لا يتوقف على فوات شيءٍ؛ فتصير الأسباب ثلاثة[٣].

السبب الأول: كونهما مجتمعَيْن في مجلس العقد، فلكل واحد من المتبايعين فسخ البيع[٤] ما لم يتفرقا أو يتخايَرا، على ما سنفصله، وبه قال أحمد[٥].

وقال مالك[٦] وأبو حنيفة[٧]: لا خيار بالمجلس.

لنا: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار»[٨]. ولنفصل القول فيما يثبت فيه خيار المجلس من العقود وما لا يثبت:

---

(١) سماه النووي بخيار الشهوة في «الروضة» (٣/ ٤٣٤).

(٢) وخيار النقص سيأتي فيما بعد، إن شاء الله ص١٥٣ من هذا الجزء.

(٣) وهي: خيار المجلس، والشرط، والرؤية.

(٤) في (ظ): (العقد البيع).

(٥) «المغني» (٣/ ٥٦٣)، و«كشاف القناع» (٣/ ١٩٨)، و«المبدع» (٤/ ٦٣).

(٦) «الإشراف» (١/ ٢٤٩)، و«المنتقى» (٥/ ٥٥)، و«التاج والإكليل» (٤/ ٤٠٩).

(٧) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٧)، و«فتح القدير» (٦/ ٢٥٧)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٧).

(٨) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٨٥)، برقم (٢١١١)، في البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، بهذا اللفظ. ومسلم (٣/ ١١٦٣)، برقم (٤٣) (١٥٣١)، في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، بهذا اللفظ إلا لفظ: «البيعان» بدل: «المتبايعان».

والعقود ضربان:

أحدهما: العقود الجائزة؛ إما من الجانبين، كالشركة والوكالة والقراض والوديعة والعارية، أو من أحدهما، كالضمان والكتابة، فلا خيار فيهما.

أما الجائزة من الجانبين؛ فلأنهما بالخيار فيها أبداً، فلا معنى لخيار المجلس، وأما الجائزة من أَحَدِ الجانبين؛ فلمثل هذا المعنى في حق مَنْ هي جائزة في حقه، والآخر دخل فيها موطناً نفسه على الغبن.

ومقصود الخيار: أن ينظر ويتروى؛ ليدفع الغبن عن نفسه.

وكذا الحكم في الرهن، نعم لو كان الرهن مشروطاً في بيع وأقبض[1] قبل التفريق؛ أمكن فسخ الرهن بأن يفسخ البيع حتى ينفسخ الرهن تبعاً. وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب وجهاً: أنه يثبت الخيار في الكتابة. وعن ابن خيران: أنه يثبت في الضمان. وهما غريبان.

والضرب الثاني: العقود اللازمة. وهي نوعان: العقود الواردة على العين، والعقود الواردة على المنفعة.

أما النوع الأول: فمنه: أنواع البيع، كالصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلح المعاوضة، فيثبت فيها خيار المجلس جميعاً؛ لظاهر الخبر.

ويستثنى صور:

إحداها: إذا باع مال نفسه من ولده، أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان:

---

(١) في (ز): (وأقبضه).

أحدهما: لا يثبت؛ لأن الذي ورد في الخبر لفظ المتبايعين وليس هاهنا متبايعان.

وأصحهما: يثبت؛ لأنه أقيم مقام الشخصين في صحة العقد، فكذلك في الخيار، ولفظ الخبر[١] ورد على الغالب، فعَلى هذا يثبت لِلْوَلِيِّ خيار وللطفل خيار. والولي نائب عنه، فإن ألزم لنفسه وللطفل: لزم. وإن ألزم لنفسه: بقي الخيار للطفل، فإذا فارق المجلس: لزم العقد في أصح الوجهين. والثاني: لا يلزم إلا بالإلزام؛ لأنه لا يفارق نفسه وإن فارق المجلس.

الثانية: لو اشترى من يعتق عليه، كأبيه وابنه، فالذي ذكره في الكتاب: أنه لا يثبت فيه خيار المجلس[٢]. واتبع فيه الإمام حيث نقل أنْ لا خيار فيه على المشهور؛ لأنه ليس عقد مغابنة من جهة المشتري؛ لأنه وطّن نفسه على الغبن المالي. وأما من جهة البائع فهو وإن كان عقد مغابنة لكن النظر إلى كونه عتاقة.

ثم حكى الأودني أنه يثبت، تمسكاً بظاهر قوله ﷺ: «لن يجزي ولدٌ والدَه إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»[٣]، فإنه يقتضي إنشاء إعتاق بعد العقد[٤].

والأكثرون بنوا ثبوت الخيار في المسألة على الخلاف في أقوال الملك في زمن الخيار.

فإن قلنا: إنه للبائع؛ فلهما الخيار، ولا نحكم بالعتق حتى يمضي زمان الخيار، وإن قلنا: إنه موقوف؛ فلهما الخيار أيضاً. فإذا أمضينا العقد؛ تبين أنه عتق بالشراء، وإن

---

(١) قوله: (ولفظ الخبر) سقط من (ظ).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٣٢٦).

(٣) أخرجه مسلم (٢/ ١١٤٨)، برقم (١٥١٠)، في العتق، باب فضل عتق الوالد، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، بلفظ: (لا يجزي).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (١٩/ ٤٧١).

قلنا: إن الملك للمشتري؛ فلا خيار له، ويثبت للبائع. ومتى يعتق؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحكم بالعتق حتى يمضي زمان الخيار، ثم يحكم حينئذ بعتقه من يوم الشراء.

والثاني: أنه يعتق في الحال، وعلى هذا: هل يبطل خيار البائع؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشتري العبدَ الأَجنبيَّ في زمان الخيار، على قولنا: إن الملك له، قال صاحب «التهذيب»: ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشتري أيضاً، تفريعاً على أن الملك في زمان الخيار له، وأن العبد لا يعتِق في الحال؛ لأنه لم يوجد منه[1] الرضا إلا بأصل العقد[2].

فإذاً ما في الكتاب[3] يخالف مقالة الأكثرين؛ لأن الصحيح من أقوال الخيار قول التوقف، أو قول انتقال الملك إلى المشتري، على ما سيأتي، وعلى التقدير الأول؛ يثبت الخيار لهما، وعلى الثاني؛ يثبت للبائع، والمذكور في الكتاب نفيه على الإطلاق.

الثالثة: الصحيح أن بيع العبد من نفسه[4] جائز. وعلى هذا فهل فيه خيار المجلس؟ قال في الكتاب: لا. وبمثله أجاب في «التتمة»؛ حيث نزّله[5] منزلة الكِتَابة.

وذكر أبو الحسن العبادي مع هذا وجهاً آخر: أنه يثبت فيه الخيار، ومال إلى ترجيحه.

---

(١) في (ظ): (فيه).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣١٠).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٤٣٦): «تابع الغزالي إمامه ـ إمام الحرمين ـ على ما اختاره، وهو شاذ، والصحيح ما سبق عن الأصحاب».

(٤) أي: من سيده.

(٥) أي: قال صاحب «التتمة»: لا يثبت، كرأي الغزالي.

الرابعة: ذكروا وجهين في ثبوت الخيار في شراء الجمد في شدة الحر؛ لأنه يتلف بمضي الزمان.

الخامسة: إن صححنا بيع الغائب ولم يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية؛ فهذا البيع من صور الاستثناء. وكذا البيع بشرط نفي خيار المجلس، إن صححنا البيع والشرط، وقد مرت المسألتان. هذا هو الكلام في البيع بأنواعه.

ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة والإبراء؛ لأنه شرِع فيهما على يقين بأن لا حظ له فيهما[١]، ولا في الإقالة إن قلنا: إنها فسخ، وإن قلنا: إنها بيع؛ ففيها الخيار.

ولا يثبت أيضاً في الحوالة إن لم نجعلها معاوضةً، وإن جعلناها معاوضة؛ فكذلك في أظهر الوجهين؛ لأنها ليست على قواعد المعاوضات، إذ لو كانت كذلك لبطلت؛ لأن بيع الدين بالدين لا يجوز.

ولا يثبت أيضاً في الشفعة للمشتري، وفي ثبوته للشفيع وجهان:

وجه الثبوت: أن سبل الأخذ بالشفعة سبل[٢] المعاوضات. ألا ترى أنه يثبت فيه الرد بالعيب والرجوع بالعهدة؟

ووجه المنع: أن المشتري لا خيار له، وتخصيص خيار المجلس بأحد الجانبين بعيد، فإن أثبتناه؛ فعن بعضهم: أنّ معناه: أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس، هذا مع تفريعنا على قول الفور، وغلّط إمام الحرمين ذلك القائل، وقال: الصحيح أنه على الفور، ثم له الخيار في نقص الملك ورده، ومن اختار عين ماله المبيعَ[٣] من المفلس؛ لزمه، ولا خيار له، وروى القاضي ابن كج: أن أبا الحسن حكى وجهاً: أنه

---

(١) في (ظ): (فيها).

(٢) في (ظ) و(ز): (سبيل).

(٣) أي: من اختار رد المبيع للبائع عند إفلاس المشتري.

بالخيار ما دام في المجلس، وهذا شبيه بالخلاف في الشفيع[1].

ولا خيار في الوقف ـ كما في العتق ـ ولا في الهبة إن لم يكن فيها ثواب، وإن وهب بشرط الثواب أو مطلقاً، وقلنا: إنه يقتضي الثواب؛ فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يثبت؛ لأنه لا يسمى بيعاً، والخبر ورد في المتبايعين.

ويثبت الخيار في القسمة، إن كان فيها: رد، وإلا فإن جرت[2] بالإجبار: فلا خيار فيها، وإن جرت[3] بالتراضي؛ فينبني على أنها بيع أو إفراز حق؟ إن قلنا: إفراز حق؛ لم يثبت، وإن قلنا: بيع؛ فكذلك في أصح الوجهين.

وأما النوع الثاني ـ وهو العقد الوارد على المنفعة ـ: فمنه: النكاح، فلا يثبت فيه خيار المجلس؛ للاستغناء عنه بسبق التأمل غالباً، ولا يثبت في الصداق المسمى أيضاً على أصح الوجهين؛ لأن المال تبع في النكاح.

والثاني: يثبت؛ فإن الصداق عقد مستقل. فعلى هذا: إن فسخ: وجب مهر المثل. وعلى هذين الوجهين ثبوت خيار المجلس في عوض الخلع، ولا مدفع للفرقة بحال.

ومنه: الإجارة، وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان:

أحدهما ـ وبه قال الإصطخري، وصاحب «التلخيص» ـ: يثبت؛ لأنها معاوضة لازمة، كالبيع، بل هي ضرب من البيوع.

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق وابن خيران ـ: لا يثبت؛ لأن عقد الإجارة مشتمل على الغرر؛ لأنه عقد على معدوم، والخيار غرر فلا يضم غررٌ إلى غرر. وبالوجه الأول

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٣١-٣٣٢).

(٢) في (ظ): (خُرجَتْ).

(٣) في (ظ): (خُرجَتْ).

أجاب صاحب الكتاب[١]، ورجحه صاحب «المهذب»[٢] وشيخه الكرخي[٣].

وذكر الإمام[٤] وصاحب «التهذيب»[٥] والأكثرون: أن الأصح هو الثاني.

وعن القفال في طائفة: أن الخلاف في إجارة[٦] العين، أما الإجارة على الذمة، فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة، بناءً على أنها ملحقة بالسلم[٧]، حتى أنه يجب فيها قبض البدل في المجلس.

فإن قلنا بثبوت الخيار في إجارة العين، فابتداء المدة يحسب من وقت انقضاء الخيار بالتفرق أم من وقت العقد؟ حكى الإمام فيه خلافاً؛ قيل: يحسب من وقت انقضاء الخيار؛ لأن الاحتساب من وقت العقد يعطل المنافع على المكتري أو المكري[٨].

وعلى هذا: لو أراد المكري[٩] أن يكريه[١٠] من غيره في مدة الخيار؛ قال[١١]: لا

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٠٢).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٣٩).

(٣) قلت: توفي الشيرازي في سنة (٤٧٦هـ)، وتوفي أبو القاسم الكرخي في سنة (٤٧٧هـ)، ويجوز أخذ العلم عن القرين.
أقول: المراد بالكرخي هنا: هو منصور بن عمر بن علي البغدادي، الشيخ أبو القاسم الكرخي، تفقه على الشيخ أبي حامد الإسفراييني، وممن أخذ عنه الفقه الشيخ أبو إسحاق وذكره في طبقاته، توفي ببغداد سنة (٤٤٧هـ). طبقات الشافعية الكبرى (٥/ ٣٣٤). (م ع).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٢).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣١٢).

(٦) الإجارة: عبارة عن العقد على المنافع بعوض هو مال، وتمليك المنافع بعوض إجارة، وبغير عوض إعارة.

(٧) أي: قياساً.

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٠٠).

(٩) قوله: «المكري» سقط من (ز). (م ع).

(١٠) أي: إن أراد المؤجر أن يؤجّره.

(١١) أي: الإمام.

مجيز له فيما أظن، وإن كان محتملاً في القياس، والصحيح أنه يحسب من وقت العقد؛ إذ لو حسب من وقت انقضاء الخيار لتأخر ابتداء مدة الإجارة عن العقد، فيكون كإجارة الدار السنة القابلة، وهي باطلة.

وعلى هذا: فعلى مَنْ تحسب مدة الخيار؟ إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر؛ فهي محسوبة على المُكْري، وإن كان بعد التسليم؛ فوجهان مبنيان على أن المبيع إذا هلك في يد المشتري في زمان الخيار مِنْ ضمان مَن يكون؟

أصحهما: أنه من ضمان المشتري. فعلى هذا: هي محسوبة على المستأجر، وعليه تمام الأجرة.

والثاني: أنها من ضمان البائع، فعلى هذا يحسب على المُكرِي، ويحط من الأجرة بقدر ما يقابل تلك المدة.

وأما المساقاة[1]؛ ففي ثبوت خيار المجلس فيها طريقان:

أظهرهما: أنه على الخلاف المذكور في الإجارة.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن الغرر فيه أعظم، لأن كل واحد من المتعاقدين لا يدري ما يحصل له؛ فلا يضم إليه غرر آخر.

والمسابقة[2] كالإجارة، إن قلنا: إنها لازمة، وكالعقود الجائزة إن قلنا: إنها جائزة.
وقوله: (ولا يثبت فيما لا يسمى بيعاً)، يجوز إعلامه بالواو للوجوه الصائرة إلى ثبوته في الكتابة والخلع وسائر ما حكينا الخلاف فيه. والله أعلم.

---

(١) المساقاة: دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره.

(٢) المسابقة: المجازاة بين حيوان وغيره. والسبق: ما يتراهن عليه.

قال:

(ويَنقطعُ الخيارُ بلفظ يَدلُّ على اللُّزومِ وتمامِ الرّضا، وبمفارقةِ المجلسِ بالبَدَن. وهل يبطلُ بالموت؟ فيه قولان (و)، أصحُّهما: أنه لا يَبطُل، كخيارِ الشَّرط (ح أ و)، فيثبتُ للوارِث، ولو فرّقَ بينَهما على إكراه؛ ففي بطلانِ الخيارِ خلاف، ويثبتُ عندَ جنونِ أحدِ المتعاقدَين (و) قبلَ التَّفرُّقِ للقَيِّم).

مقصود الفصل الكلام فيما ينقطع به خيار المجلس، وجملته: أن كل عقد ثبت فيه هذا الخيار، فإنه ينقطع بالتخاير، وبأن يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد.

أما التخاير: فهو أن يقولا: «تخايرنا»، أو: «اخترنا إمضاء العقد»، أو: «أمضيناه»، أو: «أجَزْناه»، أو: «ألزمناه» وما أشبهها. ولو قال أحدهما: «اخترتُ»[١]؛ انقطع خياره، ويبقى خيار الآخر، كما في خيار الشرط إذا أسقط أحدهما الخيار. وفي وجه[٢]: لا يبقى خيار الآخر أيضاً؛ لأن هذا الخيار لا يتبعض في الثبوت، فلا يتبعض في السقوط. ولو قال أحدهما لصاحبه: «اختَرْ»، أوْ: «خَيَّرْتُك»، فقال الآخر: «اخترت»: انقطع خيارهما جميعاً، وإن سكت: لم ينقطع خياره، وينقطع خيار القائل في أصح الوجهين؛ لأن قوله: «اخترْ» رضاً منه باللزوم.

وقد روي في بعض الروايات أنه ﷺ قال: «أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر»[٣].

---

(١) قوله: «اخترت» أي: إمضاءه.

(٢) وهو وجه ضعيف، كما في «الروضة» (٣/ ٤٣٩).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٨٤)، برقم (٢١٠٩)، في البيوع، باب إذا لم يوقت الخيار هل يجوز البيع؟ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

ولو قال أحدهما: «اخترت»، وقال الآخر: «فسختُ»؛ قدم الفسخ على الإجازة.

ولو تقابضا في المجلس وتبايعا العوضين بيعاً ثانياً؛ صح البيع الثاني على المشهور، وهو قول ابن سريج رحمه الله؛ لأن البيع الثاني منهما رضاً بلزوم الأول.

وعن صاحب «التقريب»: أنه مبني على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك؟ إن قلنا: يمنع: لم يصح، ولو تقابضا في عقد الصرف ثم أجازا في المجلس: لزم العقد، وإن أجازاه قبل التقابض؛ فوجهان:

أحدهما: أن الإجازة لاغية؛ لأن القبض متعلق بالمجلس وهو باق؛ فبقي حكمه في الخيار.

والثاني: أنه يلزم العقد وعليهما التقابض. فإن تفرقا قبل القبض: انفسخ العقد، ولا نُعَصِّيهما[1] إن تفرقا عن تراض، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عُصِّيَ[2].

وأما التفرق: فهو أن يتفرقا بأبدانهما، فلو أَقَامَا في ذلك المجلس مدة طويلة، أو قاما وتماشيا منازل؛ فهما على خيارهما. هذا هو المذهب. ووراءه وجهان:

أحدهما: قال بعض الأصحاب: لا يزيد الخيار على ثلاثة أيام؛ لأنها نهاية الخيار المشروط شرعاً.

والثاني: أنه لو لم يتفرقا ولكن شرَعا في أمرٍ آخر وأعرضا عما يتعلق بالعقد وطال الفصل؛ انقطع الخيار. نقله صاحب «البيان»[3].

ثم الرجوع في التفرق إلى العادة؛ فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد، فلو كانا في دار

---

(١) أي: لا نعدّهما عاصيين وآثمين.

(٢) أي: أَثِمَ.

(٣) «البيان» للعمراني (٥/ ١٩).

صغيرة فالتفرق بأن يخرج أحدُهما منها، أو يصعد السطح، وكذا لو كانا في مسجد صغير أو سفينة صغيرة. وإن كانت الدار كبيرة جعِل[1] التفرق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصحن[2]، أو يدخل من الصحن في بيتٍ أو صُفَّةٍ. وإن كانا في صحراء أو سوقٍ؛ فإذا ولَّى أحدهما ظهره الآخر ومشى قليلاً: حصل التفرق، وكان ابن عمر رضي الله عنهما إذا ابتاع شيئاً وأراد أن يوجِبَ البيع قام ومشى قليلاً[3].

وعن الإصطخري: أنه يشترط أن يبعد بحيث إذا كلم صاحبه على الاعتياد من غير رفع الصوت لم يسمع.

ولا يحصل التفرق بأن يرخي بينهما ستر أو يشق بينهما نهر. وهل يحصل بأن يبنى بينهما جدار من طين أو جس؟ فيه وجهان؛ أصحهما: لا؛ لأنهما[4] في مجلس العقد، وألحقه الإمام بما إذا حُمِل أحدهما وأخرج، وسيأتي الكلام فيه. وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش اتساعهما كالصحراء.

ولو تناديا متباعدين وتبايعا؛ صح البيع. وما حكم الخيار؟ قال الإمام: يحتمل أن يقال: لا خيار؛ لأن التفرق الطارئ قاطع للخيار، فالمقارن يمنع ثبوته. ويحتمل أن يقال: يثبت ما داما في موضعهما[5]. وهذا ما أورده المُتَوَلي، ثم إذا فارق أحدهما

---

(١) في (ظ): (حصل).

(٢) في الأصل: (الصحراء)، والصحيح ما أثبتناه، كما هو في «الروضة» (٣/ ٤٤٠).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٨٢)، برقم (٢١٠٧)، في البيوع، باب كم يجوز الخيار، بلفظ: قال نافع: «وكان ابن عمر إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه»، ومسلم (٣/ ١١٦٣)، برقم (٤٥)، في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، وفيه: قال نافع: «فكان إذا بايع رجلاً فأراد أن لا يقيله قام فمشى هُنَيَّةً ثم رجع إليه».

(٤) في (ط الفكر): (لأنه)، وفي (ظ): (لأنها).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٢-٢٣).

موضعه وبطل خياره، هل يبطل خيار الآخر أو يدوم إلى أن يفارق مكانه؟ فيه احتمالان[١] للإمام[٢].

ثم في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: إذا مات أحد المتبايعين في مجلس العقد؛ فقد نص في «المختصر» في البيوع أن الخيار لوارثه، وفي المكاتب أنه إذا باع ولم يتفرقا حتى مات المكاتب: وجب البيع. وللأصحاب في النصين ثلاثة طرق:

أظهرها: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج ـ وبه قال القاضي أبو حامد وأبو إسحاق ـ:

أحدهما: أنه يلزم البيع؛ لأنه[٣] خيار يسقط بمفارقة المكان، فبمفارقة الدنيا أولى.

وأصحهما: أنه لا يلزم، بل يثبت للوارث والسيد، كخيار الشرط والعيب[٤].

و[الطريق] الثاني: القطع بثبوت الخيار للوارث والسيد. وقوله في المكاتب: (وجب البيع)، أراد أنه لا يبطل بموته، لا كالكتابة.

و[الطريق] الثالث: تقرير النصَّيْن.

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٤٤٠): «قلت: الأصح ثبوت الخيار. وإنه متى فارق أحدهما موضعه بطل خيار الآخر. ولو تبايعا وهما في بيتين من دارٍ، أو صحنٍ وصُفَّةٍ، ينبغي أن يكونا كالمتباعدين فيما ذكرنا. وأن يثبت الخيار حتى يفارق أحدهما. والله أعلم».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٠).

(٣) في (ظ): (ثلاثة طرق أحدهما: أن في المسألتين قولين: أحدهما: يسقطه لأنه).

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٦).

والفرق: أن الوارث خليفةُ المورث، فيقوم مقامه في الخيار، والسيد ليس خليفةً للمكاتب، وإنما يأخذ ما يأخذ بحق الملك، والعبد المأذون إذا باع أو اشترى ومات في المجلس كالمكاتب، فيجيء فيه هذا الخلاف، وكذلك في الوكيل بالشراء إذا مات في المجلس، هل يثبت للموكل الخيار؟ وهذا إذا فرعنا على أن الاعتبار بمجلس الوكيل في الابتداء، وهو الصحيح .

وروي وجه: أن الاعتبار بمجلس الموكل.

التفريع: إن لم يثبت الـخيار للوارث فقد انقطع خيار الميت، وأما الحي ففي «التهذيب» أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس[١]. وذكر الإمام تفريعاً على هذا القول: أنه يلزم العقد من الجانبين، ويجوز تقدير خلافٍ فيه؛ لما مر أن هذا الخيار لا يتبعض في السقوط كما في الثبوت[٢].

وإن قلنا: يثبت الخيار للوارث؛ فإن كان حاضراً في المجلس: امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر حتى يتفرقا أو يتخايرا. وإن كان غائباً: فله الخيار إذا وصل الخبر إليه.

ثم هو على الفور أو يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه؟ فيه وجهان:

وجه الأول: أن المجلس قد انقضى، وإنما أثبتنا له الخيار كي لا يعطّل حقّاً كان للمورث.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣١٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٤). وقال في «الروضة» (٣/ ٤٤١): «قلت: قول صاحب «التهذيب» أصح. وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حسين: يمتد حتى يجتمع هو والوارث. ورابع حكاه الروياني: أنه ينقطع خياره بموت صاحبه. فإذا بلغ الخبر الوارث، حدث لهذا الخيارُ معه. والله أعلم».

ووجه الثاني: أن الوارث خليفة المورث، فليثبت له مثل ما ثبت للمورِث.
وهذان الوجهان كالوجهين في خيار الشرط، إذا ورثه الوارث، وكان بلوغ الخبر إليه بعد انقضاء مدة الخيار، ففي وجه: هو على الفور.

وفي وجه: يدوم مثل ما كان يدوم للمورث[١] لو لم يمت، هذا ترتيب الأكثرين، وبنى بانون كيفية ثبوت الخيار للوارث على وجهين نقلوهما في كيفية ثبوته للعاقد الباقي:

أحدهما: أن له الخيار ما دام في مجلس العقد، فإذا فارقه: بطل. فعلى هذا يكون خيار الوارث في المجلس الذي يشاهد فيه المبيع، ليتأمل ويختار ما فيه الحظ.

والثاني: أن خياره يتأخر إلى أن يجتمع مع الوارث في مجلس واحد، فعلى هذا حينئذ يثبت الخيار للوارث[٢].

فرع: إذا ورثه اثنان فصاعداً وكانوا حضوراً في مجلس العقد، فلهم الخِيار إلى أن يفارقوا العاقد الآخر، ولا ينقطع الخيار بمفارقة بعضهم على الأصح، و[٣]إن كانوا غائبين عن المجلس، ففي «التتمة»: أنّا إن قلنا في الوارث الواحد: يثبت الخيار في مجلس مشاهدة المبيع؛ فلهم الخيار إذا اجتمعوا في مجلس واحد. وإن قلنا: له الخيار إذا اجتمع مع العاقد؛ فكذلك لهم[٤] الخيار إذا اجتمعوا معه، ومتى فسخ بعضهم وأجاز

---

(١) في (ز): (المورث).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤٤٢): «قلت: حاصل الخلاف في خيار المجلس للوارث الغائب أربعة أوجه: منها ثلاثة جمعها القاضي حسين: أصحها: يمتد الخيار حتى يفارق مجلس الخبر. والثاني: حتى يجتمعا. والثالث: على الفور. والرابع: يثبت له الخيار إذا أبصر المبيع ولا يتأخر. والله أعلم».

(٣) في (ظ): (إن).

(٤) في (ط الفكر): (لهما).

بعضهم؛ ففي وجه لا ينفسخ في شيء، والأصح أنه ينفسخ في الكل، كالمورث لو فسخ في حياته في البعض وأجاز في البعض[١].

المسألة الثانية: إذا حُمِل أحد المتعاقدين وأخرِج من المجلس مُكرهاً؛ نُظر: إن مُنِع من الفسخ أيضاً بأن سُدَّ فوه: لم ينقطع خياره على أظهر الطريقين؛ إذ[٢] لم يوجد منه ما يدل على الرضا باللزوم، والثاني: في انقطاعه وجهان، كالقولين في صورة الموت، وهذه أولى ببقاء الخيار؛ لأن إبطال حقه قهراً مع بقائه بعيد. فإن لم يُمْنَع من الفسخ؛ فطريقان على العكس:

أظهرهما: أن في انقطاع الخيار وجهين:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق ـ: ينقطع؛ لأن سكوته عن الفسخ مع القدرة رضاً بالإمضاء.

وأصحهما: أنه لا ينقطع؛ لأنه مكره في المفارقة، وكأنه لا مفارقة، والسكوت عن الفسخ لا يبطل الخيار، كما في المجلس[٣].

والثاني: القطع بالانقطاع، وهو اختيار الصيدلاني. فإن قلنا: ينقطع خياره: انقطع خيار الماكث أيضاً، وإلا فله التصرف بالفسخ والإجازة إذا وجد التمكن.

وهل هو على الفور؟ فيه ما سبق من الخلاف، فإن قلنا: لا[٤] وكان مستقرّاً حين زايله الإكراه في مجلس ابتداء الخيار: امتد الخيار امتداد ذلك المجلس، وإن كان مارّاً؛

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٤٤٢): «قلت: وسواء فسخ بعضهم في نصيبه فقط أو في الجميع. والله أعلم».

(٢) في (ظ): (إذا).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٤).

(٤) أي: لا يتقيد بالفور.

فإذا فارق في مروره مكان التمكن: انقطع خياره، وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر إن طال الزمان، وإن لم يطل؛ ففيه احتمال عند الإمام، وإذا لم يبطل خيار المُخرَج لم يبطل خيار الماكث أيضاً إن منع من الخروج معه، وإن لم يمنع: بطل في أصح الوجهين(١).

ولو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما؛ ففي انقطاع الخيار قولان، كما في حنث المكره. ولو هرب أحدهما ولم يتبعه الآخر مع التمكن؛ بطل خيارهما. وإن لم يتمكن من متابعته؛ ففي «التهذيب»: أنه يبطل خيار الهارب دون الآخر(٢).

المسألة الثالثة: إذا جن أحد المتعاقدين أو أغمي عليه: لم ينقطع الخيار، لكن يقوم وليه أو الحاكم مقامه، فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة.

وفيه وجه مخرج من الموت: أنه ينقطع.

وعلى المذهب: لو فارق المجنون مجلس العقد؛ قال الإمام: يجوز أن يقال: لا ينقطع الخيار؛ لأن التصرف انقلب إلى القوَّام عليه، ويعارضه أنه لو كان كذلك لكان الجنون كالموت.

ولو خَرِسَ أحد المتعاقدين في المجلس؛ فإن كانت له إشارة مفهومة أوْ كتابة؛ فهو على خياره وإلا نصب الحاكم نائباً عنه.

وقوله في مسألة الموت: (فيه قولان)، يجوز إعلامه بالواو للطريقين الآخرين.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٧).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٠٧). وقال في «الروضة» (٣/ ٤٤٣): «قلت: أطلق الفوراني والمتولي وصاحبا «العدة» و«البيان» وغيرهم أنه يبطل خيارهما بلا تفصيل، وهو الأصح، لأنه تمكن من الفسخ بالقول، ولأن الهارب فارق مختاراً بخلاف المكرَه، فإنه لا فعل له. والله أعلم».

وقوله: (كخيار الشرط)، معلم بالحاء والألف؛ لأن عند أبي حنيفة[1] وأحمد[2]: خيار الشرط غير موروث، وبالواو أيضاً؛ لأن عن صاحب «التقريب» أن بعض أئمتنا خرج قولاً من خيار المجلس في خيار الشرط: أنه لا يورث.

وقوله: (ويثبت عند جنون أحد المتعاقدين)، معلَّم بالواو؛ لما مر.

قال:

(ولو تنازعا في جريان التفرق؛ فالأصل عدمُه. ومن يدعيه مطالَبٌ بالبينة، ولو تنازعا في الفسخ بعد الاتفاق على التفرق؛ فالأصل عدم الفسخ (و)).

في الفصل صورتان هيِّنتا الخطْب:

إحداهما: لو جاء المتعاقدان معاً فقال أحدهما: «تفرقنا بعد البيع، وإنه قد لزم»، وأنكر الثاني التفرق وأراد الفسخ؛ فالقول قول الثاني مع يمينه؛ لأن الأصل دوام الاجتماع، وعلى من يدعي خلافه البينة.

ولك أن تقول: هذا بيِّـن إن قصرت المدة، ولكنها إن طالت؛ فدوامُ الاجتماع خلاف الظاهِر، وإن كان على وفاق الأصل؛ فلا يبعد تخريجه على الخلاف المشهور في تعارض الأصل والظاهر، والأصحاب لم يفرقوا بين الحالين.

الثانية: اتفقا على التفرق وقال أحدهما: «فسختُ قبله»، وأنكر الآخر؛ فالقول قول الآخر مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى المدعي البينة. هذا هو الظاهر، وبه أجاب في الكتاب[3].

---

(١) «المبسوط» (١٣/ ٤٢)، و«البناية» (٦/ ٢٨٣)، و«البحر الرائق» (٦/ ١٧).

(٢) «المغني» (٣/ ٥٧٩)، و«المبدع» (٤/ ٧٦)، و«كشاف القناع» (٣/ ٢١٠،٢٠٢).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٠٧).

وعن صاحب «التقريب»: أن القول قول من يدعي الفسخ؛ لأنه أعرف بتصرفه، ولو اتفقا على عدم التفرق وتنازعا[١] هكذا؛ ففي «التهذيب»[٢]: أن دعوى مدعي الفسخ[٣] فسخٌ. والله أعلم.

قال:

(السَّببُ الثاني: الشَّرط. قالَ النبي ﷺ لِحَبّان بنِ منقذٍ وكان يُخدعُ في البيوعِ، قال: «قُل: لا خِلابة، واشترطِ الخيار ثلاثةَ أيام»، فلا تجوزُ الزِّيادةُ عليها (م)، ولا التَّقديرُ بمدّةٍ مجهولة، ولا الإبهامُ في أحد العبدَين).

الأصل في خيار الشرط الإجماع، وما روي عن ابن عمر: أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدَع في البيوع، فقال ﷺ: «إذا بايعتَ فقل: لا خلابة»[٤]، وروي أن ذلك الرجل كان حَبَّان بن مُنْقِذٍ أصابه آمَّةٌ في رأسه فكان يُخدع في البيع، فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعتَ فقل: لا خِلابةَ»، وجعل له الخيار ثلاثاً[٥]، وفي رواية: وجعل

---

(١) أي: ادعى أحدهما الفسخ وأنكر الآخر.

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٢٩١).

(٣) من قوله: (لأنه أعرف) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٩٥)، برقم (٢١١٧)، في البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما. ومسلم (٣/ ١١٦٥)، برقم (١٥٣٣)، في البيوع، باب من يخدع في البيع، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٥) أخرج الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٢٢)، في البيوع، عن ابن عمر قال: «كان حَبَّان بن منقذ رجلًا ضعيفاً، وكان قد سُفِعَ في رأسه مأمومةً، فجعل له رسول الله ﷺ الخيار فيما اشترى ثلاثاً» وسكت عليه، وصححه الذهبي في «تلخيصه». =

له بذلك خيار ثلاثة أيام. وفي رواية: «قل: لا خلابة، ولك الخيار ثلاثاً».

وهذه الروايات كلها في كتب الفقه، ولا يلفى[١] في مشهورات كتب الحديث، سوى الرواية المقتصرة على قوله: «لا خلابة»، وهذه الكلمة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثاً، فإذا أطلقاها عالِمَين بمعناها؛ كان كالتصريح بالاشتراط، وإن كانا جاهلَيْن: لم يثبت الخيار، وإن علم البائع دون المشتري؛ ففيه وجهان[٢] عن ابن القطان:

أحدهما: لا يثبت؛ لعدم التراضي.

والثاني: يثبت؛ لظاهر قوله: «قل: لا خلابة، ولك الخيار ثلاثاً».

وأما اللفظة المروية في الكتاب؛ وهي قوله: (ولي الخيار ثلاثة أيام)، فلا تكاد توجد في كتب الحديث ولا الفقه، نعم في «شرح مختصر الجويني» للموفق بن طاهر: «قل: لا خلابة، واشترط الخيار ثلاثاً»، وهما متقاربان.

إذا عرفتَ ذلك ففي الفصل ثلاث صور:

إحداها: لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، فلو زاد: فسد العقد؛ لأن الخيار غرر، فلا يزاد على ما ورد به الخبر.

= ومعنى الخلابة: الخِداع، «المصباح المنير»، مادة: خلب. وفي رواية: «إذا بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال» أخرجه البخاري في «التاريخ الأوسط» بإسناد صحيح، وابن ماجَهْ والدارقطني والبيهقي في «سننهم»، بإسناد حسن، كما في «نصب الراية» (٤/ ٧)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢١).

(١) في (ظ): (يلقي).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤٤٦): «قلت: الصحيح أنه لا يثبت. والله أعلم».

أقول: قال النووي في المجموع (٩/ ١٣٩): «أصحهما لا يثبت، والوجه الثاني يثبت، وهذا شاذ ضعيف بل غلط؛ لأن معظم الناس لا يعرفون ذلك والمشتري غير عارف به». (م ع).

وقال مالك(١): تجوز الزيادة بحسب الحاجة(٢) حتى لو اشترى ضيعة يحتاج النظر فيها إلى شهر فصاعداً؛ يجوز شرطه.

وعن أحمد(٣): تجويز الزيادة من غير تحديد.

ويجوز شرط ما دون الثلاث بطريق الأولى، لكن لو كان المبيع مما يتسارع إليه الفساد؛ فيبطل البيع، أو يصح ويباع عند الإشراف على الفساد ويقام عنه مقامه. حكى يحيى اليمني عن بعض مَنْ لقيه فيه وجهين(٤).

وقال مالك(٥): إن كان المبيع مما يعرف حاله بالنظر ساعة أو يوماً: لم تجز الزيادة. ويشترط أن تكون المدة متصلةً بالعقد، حتى لو شرطا خيار ثلاثة أيام فما دونها من آخِر الشهر، أو متى شَاءا أو شرطا خيار الغد دون اليوم: فسد العقد؛ لأنه إذا تراخت المدة عن العقد لزم، وإذا لزم لم يعد جائزاً.

ولهذا: لو شرطا خيار الثلاثة ثم أسقط اليوم الأول سقط الكل.

الثانية: لا يجوز شرط الخيار مطلقاً، ولا تقديره بمدة مجهولة، ويفسد العقد به،

---

(١) المدة في خيار الشرط يعين مقدارَها العرف عند مالك، ففي بيع الفاكهة يوم، وفي بيع الثوب والدابة ثلاثة أيام، وفي بيع الأرض شهر.
انظر: «الإشراف» (١/ ٢٥٠)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ٩١)، و«مواهب الجليل» (٤/ ٤١٠).

(٢) قوله: (بحسب الحاجة) سقط من (ظ).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٠٢-٢٠٣)، و«المغني» (٤/ ٦٧)، و«المبدع» (٤/ ٦٧).

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٤٤٤) في الوجهين اللذين حكاهما صاحب «البيان»: «قلت: أصحهما الأول. والله أعلم».

(٥) فإذا اشترط مدة زائدة على المتعارف، أو مدة مجهولة، فيكون العقد باطلًا عند المالكية.
انظر: «المنتقى» (٥/ ٥٧)، و«مواهب الجليل» (٤/ ٤١٠)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢٠٩).

خلافاً لمالك[١]؛ حيث قال: يصح ويحمل على ما تقتضيه العادة فيه.

لنا: القياس على الأجل.

ولو شرطا الخيار إلى وقت طلوع الشمس من الغد: جاز. ولو قالا: «إلى طلوعها»؛ فعن الزبيري: أنه لا يجوز[٢]؛ لأن السماء قد تكون متغيمة فلا تطلع. وهذا بعيد؛ فإن التغيم إنما يمنع من الإشراق واتصال الشعاع لا من الطلوع. وفي الغروب لا فرق بين أن يقولا: إلى الغروب، أو: إلى وقت الغروب، بالاتفاق[٣].

ولو تبايعا نهاراً بشرط الخيار إلى الليل، أو بالعكس: لم يدخل فيه الليل والنهار، كما لو باع شيئاً[٤] إلى رمضان؛ لا يدخل رمضان في الأجل.

وقال أبو حنيفة[٥]: يدخل الليل والنهار.

الثالثة: لو باع عبدين بشرط الخيار في أحدهما، لا على التعيين؛ فسد العقد. كما لو باع أحدهما لا على التعيين.

وقال أبو حنيفة[٦]: يجوز في العبدَيْن والثوبين والثلاثة، ولا يجوز في الأربعة وما زاد كما قال في البيع.

---

(١) المدة الزائدة على المتعارف يفسد العقد عند مالك. انظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٤١٢)، وكذلك إذا كانت المدة مجهولة يبطل البيع عند مالك.

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤٤٥): «قلت: الأصح خلاف قول الزبيري. والله أعلم».

(٣) أي: يجوز بالاتفاق.

(٤) في (ظ): (بمئة).

(٥) قال أبو حنيفة رحمه الله في بيان معنى حرف إلى: «تدخل الغاية في الحكم إن تناوله صدر الكلام، كما في مسألة المرافق والخيار». انظر: «المغني في أصول الفقه» للخبازي ص٤٢٦-٤٢٧.

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ٣١).

ولو شرطا الخيار في أحدهما على التعيين؛ ففيه قولا الجمع بين مختلفي الحكم. وكذا لو شرطا في أحدهما خيار يومٍ، وفي الآخر خيارَ يومين؛ فإن صححنا البيع: ثبت الخيار فيما شرط، وكما لو شرط الخيار فيهما[١] ثم أراد الفسخ في أحدهما؛ فعلى قولي تفريق الصفقة في الرد بالعيب. ولو اشترى اثنان شيئاً من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار؛ فلأَحدِهما الفسخ في نصيبه، كما في الرد بالعيب. ولو شرط لأحدهما الخيار دون الآخر؛ ففي صحة البيع قولان، الأصح: الصحة.

فرع:

ابتاع على شرط أنه إن لم يَنْقُدْهُ الثمنَ إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، أو[٢] باع على شرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما[٣]؛ فهذا شرط فاسد[٤]، كما إذا تبايعا على شرط أنه إن قدم زيد اليومَ فلا بيع بينهما[٥].

وعن أبي إسحاق: أنه يصح العقد، والمذكور في الصورة الأولى شرط الخيار للمشتري، وفي الثانية شرطه للبائع. والله أعلم.

* * *

(١) في (ظ): (شرط ولو شرط الخيار).

(٢) في (ظ): (ولو).

(٣) من قوله: (أو باع على) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) أي: وبه يبطل البيع.

(٥) من قوله: (فهذا شرطٌ فاسد) إلى هنا سقط من (ظ).

قال:

(وأولُ مدَّتِه عندَ الإطلاق: من وقتِ العَقد، لا من التَّفرُّق؛ على الأصح. ولا يتوقَّفُ الفَسخُ به على حُضورِ (ح) الخصمِ وقضاءِ القاضي).

إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثةً فما دونها، فابتداء المدة من وقت العقد أو التفرق؟ فيه وجهان:

أصحهما: من وقت العقد، وبه قال ابن الحداد؛ لأن ثبوته بالشرط، والشرط وجِد في العقد.

والثاني: من وقت التفرق أو التخاير، ونقل الإمام عمن صار إليه تعليلين[1]:

أحدهما: أن الخيارين متماثلان، والمثلان لا يجتمعان.

والثاني: أن الظاهر أن الشارط يبغي بالشرط إثبات ما لولا الشرط لما ثبت. وخيار المجلس ثابت وإن لم يوجد الشرط؛ فيكون المقصود ما بعده[2].

ولك أن تقول: أما الأول: فليس الخيار إلا واحداً، لكن له جهتان: المجلس، والشرط، وذلك لا بُعْدَ فيه، كما أنه قد يثبت الخيار بجهة الخلف والعيب معاً، وأما الثاني: فتنزيل الشرط على ما ذكره يورث الجهالة؛ لأن وقت التفرق مجهول.

والوجهان على ما روى الشيخ أبو علي وغيره مطردان في الأجل، لكن بالترتيب إن جعلنا الخيار من وقت العقد فالأجل أولى، وإلا فوجهان.

والفرق: أن الأجل لا يثبت إلا بالشرط، فالنظر فيه إلى وقت الشرط، والخيار قد يثبت من غير شرط، فمقصود الشرط: إثبات ما لولاه لما ثبت. وأيضاً، فإن الأجل

---

(١) (تعليلين) مفعول (نَقَلَ).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٦).

وإن شارك الخيار في منع المطالبة بالثمن لكنه يخالفه من وجوه، واجتماع المختلفين غير مستنكر.

التفريع:

إن قلنا بالأول[١]: فإذا انقضت المدة وهما مصطحبان بعد؛ انقطع خيار الشرط، وبقي خيار المجلس. وإن تفرقا والمدة باقية؛ فالحكم بالعكس. ولو أسقطا أحد الخيارين لم يسقط الآخر. ولو قالا: «ألزمنا العقد، وأسقطنا الخيار مطلقاً»: سقطا.

ولو شرطا الاحتساب[٢] من وقت التفرق: بطل الشرط والعقد؛ لأنه مجهول.

وعن رواية صاحب «التقريب» وجه: أنهما صحيحان.

وإن قلنا بالوجه الثاني: فإذا تفرقا: انقطع خيار المجلس واستؤنف خيار الشرط. ولو أسقطا الخيار قبل التفرق بطل خيار المجلس، ولا يبطل[٣] الآخر في أصح الوجهين، لأنه غير ثابت بعد. ولو شرطا[٤] الاحتساب[٥] من وقت العقد؛ فوجهان، أصحهما: صحة العقد والشرط. وبناهما الإمام على التعليلين السابقين[٦]. إن عللنا باجتماع[٧] الخيارين بطلا، وإلا صحا؛ لأن التصريح بالاحتساب من العقد يبين أنه ما أراد بالشرط ما بعد التفرق.

---

(١) أي: ابتداء الخيار من العقد.

(٢) أي: الابتداء.

(٣) في «الروضة» (٣/ ٤٤٧): (ويبطل).

(٤) في (ظ): (شرطنا).

(٥) أي: احتساب بداية الخيار.

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٦-٣٧).

(٧) في (ظ): (بامتناع اجتماع).

ولو شرط الخيار بعد العقد وقبل التفرق وقلنا بثبوته؛ فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف، وعلى الأول؛ فالاحتساب[١] من وقت الشرط، لا من وقت العقد ولا من وقت التفرق.

هذا شرح إحدى مسألتي الفصل.

والثانية: لمن له خيار الشرط من المتعاقدين فسخ العقد، حَضَرَ صاحبُه أو غاب. وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣].

وقال أبو حنيفة[٤]: ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه.

لنا: أنه أحد طرفي الخيار، فلا يتوقف على حضور المتعاقدين، كالإجازة، وأيضاً فإنه إذا لم يفتقر في رفع العقد إلى صاحبه وجب أن لا يفتقر إلى حضوره، كما لو طلق زوجته[٥].

ولا يفتقر نفوذ هذا الفسخ إلى الحاكم؛ لأنه فسخ متفق على ثبوته بخلاف الفسخ بالعُنَّة، فإنه مختلف فيه. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ظ): (لمن).

(٢) «الإشراف» (١/ ٢٥٠).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٠٤).

(٤) ولا يفسخ البيعَ في مدته إلا بحَضْرته، أي: بعلم صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لزفر وأبي يوسف. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨-٢٩).

(٥) من قوله: (وأيضاً فإنه) إلى هنا سقط من (ز).

قال:

(ويَثبتُ خيارُ الشَّرطِ في كلِّ معاوضةٍ مَحضةٍ مما هو بيع، إلا في الصَّرف والسَّلَمِ وما يَستعقبُ العِتقَ من البيوع (و)).

غرض الفصل بيانُ ما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت. والقول الجملي فيه: أنه مع خيار المجلس يتلازمان في الأغلب، لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتاً من خيار الشرط؛ لأن زمان المجلس أقصر غالباً، فربما انفكا لذلك. فإن أردتَ التفصيل فراجعْ ما سبق في خيار المجلس.

واعلم أنهما متقاربان في صور الخلاف والوفاق، إلا أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس، كالصرف وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين، كالسلم؛ لا يجوز شرط الخيار فيها، وإن ثبت خيار المجلس؛ لأن ما يشترط فيه القبض لا يحتمل فيه التأجيل. والخيار أعظم غرراً من الأجل؛ لأنه مانع من الملك أو من لزومه؛ فهو أوْلَى بأن لا يحتمل. وأيضاً فالمقصود من اعتبار القبض أن يتفرقا ولا علقة بينهما؛ تحرزاً من الربا، أو من بيع الكالئ بالكالئ.

ولو أثبتنا الخيار لبقيت العلقة بينهما بعد التفرق، إلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف، وكذا في الحوالة على ما حكاه العراقيون مع نقلهم الخلاف في خيار المجلس. قال الإمام: ولا أعرف فرقاً بين الخيارين، إلا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبائع من المفلس لم يطرد هاهنا[1]، وإلا أن في الهبة بشرط الثواب طريقةً عن القاضي أبي الطيب قاطعة بنفي خيار الشرط، وإلا أن في الإجارة أيضاً طريقة مثل

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٥).

ذلك. أما في إجارة العين؛ فلما في هذا الخيار من زيادة تعطيل المنفعة. وأما الإجارة على الذمة؛ فبناءً على تنزيلها منزلة السلم. وحكم شرط الخيار مذكور في كتاب الصداق.

وقوله في الكتاب: (وما يستعقب العتق من البيوع)، لا بد من إعلامه بالواو، والقول فيه على ما ذكرنا[١] في خيار المجلس، ولم يستثنِ في لفظ الكتاب بيع الطعام، بالطعام ولا بد منه. والله أعلم.

قال:

(ثم إن كانَ الخيارُ للبائعِ وحدَه؛ فالمبيعُ باقٍ على ملكِه (أ) على الأصحّ (و)، وإن كانَ للمُشتري وحدَه؛ فالملكُ منتقلٌ إليه (د م و)، وإن كانَ لهما؛ فثلاثةُ أقوال (و): أحدُها: أنه مَوقوف (ح م أ)، فإن استقرَّ العقدُ تَبيَّنَ زوالُ الملكِ بنفسِ العَقد، وإن فسخَ تبيَّنَ أنه لم يزُلِ الملكَ ولم يتمَّ السبب، والكسبُ والنِّتاجُ والوطءُ والاستيلادُ والعتقُ وغيرُ ذلكَ من الطَّوارئ فروعَ الملك، فينتظرُ آخِرِ الأمر؛ فما يستقرُّ عليه آخِراً يُقدَّرُ وجودُه أولاً (و)).

نقدم على فقه الفصل مقدمة؛ وهي أن الخيار إما أن يشرط لأحد المتعاقدين، أو لكليهما، أو لغيرهما.

فإن شرط لأحدهما أوْ لهما فهو جائز. أما للمشتري؛ فلحديث حَبَّان. وأما للبائع أو لهما؛ فبالقياس عليه والإجماع. ويجوز أن يشرط لأحدهما خيار يومٍ، وللآخر خيار يومين أو ثلاثة.

---

(١) في (ز): (ما حكاه ذكرنا).

وإن شرط لغيرهما؛ فذلك الغير إما أجنبي أو الموكل الذي وقع العقد له:

فإن كان أجنبياً؛ فقولان:

أحدهما: أنه يَفسد العقدُ والشرطُ؛ لأنه خيار يتعلق بالعقد؛ فيختص بالمتعاقدين، كخيار العيب.

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[١] ومالك[٢] وأحمد[٣] ـ: أنهما صحيحان؛ لأنه خيار يثبت بالشرط للحاجة، وقد تدعو الحاجة إلى شرطه للأجنبي؛ لكونه أعرَفَ بحالِ المعقود عليه.

ويجري القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد، ولا فرق على القولين بين أن يشرطا أو أحدهما الخيار لشخص واحد، وبين أن يشترط هذا الخيار لواحد وهذا للآخر.

وإذا قلنا بالأصح؛ ففي ثبوت الخيار لمن شرط أيضاً قولان، أو وجهان:

أصحهما ـ وهو ظاهر نصه في «الصرف» ـ: أنه لا يثبت؛ اقتصاراً على الشرط، كما إذا شرط لأحدهما لا يثبت للآخر.

والثاني: يثبت، وبه قال أبو حنيفة[٤] وأحمد[٥]. وعللوه بمعنيين:

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٢٦٤).

(٢) «الشرح الكبير» (٣/ ٩١).

(٣) لا يصح جعل الخيار لغير العاقدين عند الحنابلة على أصح القولين، وفي الثاني يصح.
انظر: «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ١٧٠)، و«المغني» (٣/ ٥٨٧).

(٤) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٨).

(٥) قال في المغني (٣/ ٥٨٧): «وإن شرطه لأجنبي: لم يصح، لأنه ليس له أن يوكل غيره. ويحتمل الجواز بناءً على الرواية التي تقول: للوكيل التوكيل».

أحدهما: أن شرط الخيار للأجنبي يشعر باستبقاء الشارط الـخِيَـرَةَ لنفسه بطريق الأولى.

والثاني: أنه يستحيل ثبوت الخيار لغير المتعاقدين لا على سبيل النيابة.

وخرّج الإمام عليهما: ما لو شرط الخيار للأجنبي دونهما، فعلى المعنى الأول: يختص بالأجنبي، وعلى الثاني: لا يختص ويفسد الشرط[١].

فإن لم يثبت الخيار للعاقد مع الأجنبي، فمات الأجنبي في زمان الخيار: ثبت الآن له في أصح الوجهين. كذا[٢] قاله في «التهذيب»[٣]، وإن أثبتنا الخيار للعاقد مع الأجنبي؛ فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ. ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر؛ فالفسخ أولى. ولو اشترى شيئاً على أن يؤامر فلاناً فيأتي بما يأمره به من الفسخ والإجازة، فالمنقول عن نصه في «الإملاء» على مسائل مالك أنه يجوز. وليس له الرد حتى يقول: «استأمرته فأمرني بالفسخ». وتكلموا فيه من وجهين:

أحدهما: أنه لِمَ شرط أن يقول: «استأمرته»؟ قال الذين خَصُّوا الخيار المشروط للأجنبي به: هذا جواب على المذهب الذي قلناه ومؤيد له. وقال آخرون: إنه مذكور احتياطاً.

والثاني: أنه أطلق في التصوير شرط المؤامرة، فهل يحتمل ذلك؟ الصحيح أنه لا يحتمل. واللفظ محمول على ما إذا قيَّد المؤامرة بالثلاث فما دونها، وقيل: يحتمل الإطلاق والزيادة على الثلاث كما في خيار الرؤية.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٩).

(٢) سقط من (ز).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣١٥-٣١٦) (٣/ ٣٣١).

وأما إذا كان ذلك الغير هو الموكل؛ ثبت الخيار للموكل دونه. واعلم أن الوكيل بالبيع والشراء له شرط الخيار للموكل في أظهر الوجهين؛ لأن ذلك لا يضره. وطرد الشيخ أبو علي الوجهين في شرط الخيار لنفسه أيضاً، وليس للوكيل بالبيع شرط الخيار للمشتري، ولا للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع، فإن خالف: بطل العقد. وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه، أو أذن فيه صريحاً: ثبت له الخيار، ولا يفعل إلا ما فيه الحظُّ للموكل؛ لأنه مؤتمن، بخلاف الأجنبي المشروط له الخيار: لا يلزمه رعاية الحظ. هكذا ذكروه.

ولِناظرٍ أن يجعل الخيار[1] لَه ائتماناً، وهو أظهر إذا جعلناه نائباً عن العاقد، ثم هل يثبت الخيار للموكل معه في هذه الصورة؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا شرط للأجنبي: هل يثبت للعاقد؟ وحكى الإمام فيما إذا أطلق الوكيل شرط الخيار بالإذن المطلق من الموكل ثلاثة أوجه: أن الخيار يثبت للوكيل، أو للموكل، أو لهما[2].

إذا تقررت المقدمة فللشافعي رضي الله عنه ثلاثة أقوال في أن الملك في المبيع في زمان الخيار لمن هو؟

---

(١) في (ز): (شرط الخيار).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٩). وقال في «الروضة» (٣/ ٤٤٩-٤٥٠): «قلت: أصحهما: للوكيل. ولو حضر الموكل مجلس العقد فحجر على الوكيل في خيار المجلس فمنعه الفسخ والإجازة، فقد ذكر الغزالي كلاماً معناه: أن فيه احتمالين:

أحدهما: يجب الامتثال وينقطع خيار الوكيل. قال: وهو مشكل، لأنه يلزم عنه رجوع الخيار إلى الموكل وهو مشكل.

والثاني: لا يمتثل، لأنه من لوازم السبب السابق، وهو البيع، ولكنه مشكل، لأنه يخالف شأن الوكالة التي مقتضاها امتثال قول الموكل. وهذا الثاني أرجح. وهذا معنى كلام الغزالي في «البسيط» و«الوسيط». وليس في المسألة خلاف، وإن كانت عبارته موهمة إثبات خلاف. والله أعلم».

أحدها ـ وبه قال أحمد[١] ـ: أنه للمشتري؛ لأن البيع قد تم بالإيجاب والقبول، فثبوت الخيار فيه لا يمنع الملك، كخيار العيب، وعلى هذا فالملك في الثمن للبائع.

والثاني ـ وبه قال مالك[٢] ـ: أنه باق للبائع؛ لنفوذ تصرفاته، وقد روي: أنه ﷺ قال: «لا بيع بينهما حتى يتفرقا»[٣]، وعلى هذا فالملك في الثمن للمشتري.

والثالث: أنه موقوف، فإن تم البيع بَانَ حصولُ الملك للمشتري من وقت[٤] البيع، وإلا بان أن ملك البائع لم يزل. وكذا يتوقف في الثمن.

ووجهه: أن البيع سبب الزوال، إلا أن شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بعدُ بالزوال جزماً، فوجب أن يتربص وينتظر عاقبة الأمر.

وفي موضع الأقوال طرق:

أحدها: أن الخلاف فيما إذا كان الخيار لهما إما بالشرط أو في خيار المجلس. أما إذا كان لأحدهما فهو المالك للمبيع؛ لنفوذ تصرفه فيه، ويحكى هذا عن صاحب «التقريب»، وهو قريب مما أورده في الكتاب.

والثاني: أنه لا خلاف في المسألة، ولكن إن كان الخيار للبائع: فالملك له، وإن كان للمشتري: فهو له، وإن كان لهما: فهو موقوف. وتنزل الأقوال على هذه الأحوال، وهو اختيار القاضي الروياني في «الحلية».

---

(١) «كشاف القناع» (٣/ ٢٠٥)، و«المغني» (٧/ ٥٧١).

(٢) «الإشراف» (١/ ٢٤٩)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٠٧).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٩١)، برقم (٢١١٣)، في البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع؟ بلفظ: «كلُّ بيعَيْن لا بيع بينهما حتى يتفرقا إلا بيع الخيار»، ومسلم (٣/ ١١٦٤)، برقم (٤٦)، في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، كلاهما عن ابن عمر رضي الله عنهما باللفظ السابق.

(٤) أي: بنفس البيع.

والثالث: طرد الأقوال في الأحوال، وهو أظهر عند عامـة الأصحاب، منهم العراقيون والحليمي.

وإذا جرت الأقوال؛ فما الأظهر منها؟ قال الشيخ أبو حامد ومن نحا نحوه: الأظهر أن الملك للمشتري وبه قال الإمام[١]. وقال آخرون: الأظهر الوقف، وبه قال صاحب «التهذيب»[٢].

والأشبه توسطٌ ذكره جماعة؛ وهو: أنه إن كان الخيار للبائع؛ فالأظهر: بقاء الملك له، وإن كان للمشتري؛ فالأظهر انتقاله إليه، وإن كان لهما؛ فالأظهر الوقف، وعلى هذا تتفاوت الأحوال في الأظهر من الأقوال، لا في تخصيص الخلاف ببعضها.

وقال أبو حنيفة[٣]: إن كان الخيار لهما أو للبائع؛ فالملك للبائع، وإن كان للمشتري: زال ملك البائع ولم يحصل للمشتري.

التفريع: لهذه الأقوال فروعٌ كثيرة الانشعاب:

منها: ما يورد في سائر الأبواب؛ ومنها: ما يختص بهذا الموضع، وصاحب الكتاب[٤] أشار إلى صور:

منها: كسب العبد والجارية المبيعَيْن في زمان الخيار؛ فإن تم المبيع بينهما؛ فهو للمشتري إن قلنا: الملك له أو موقوف. فإن قلنا: الملك للبائع؛ فوجهان:

قال الجمهور: الكسب له[٥]؛ لأنه المالك حين حصوله.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٣٤٧)، «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٠).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٠٩).

(٣) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٦٤-٢٦٥)، و«فتح القدير» (٦/ ٣٠٥-٣٠٧).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١١٣).

(٥) أي: للبائع.

وعن أبي علي الطبري: أنه للمشتري؛ لأن سبب ملكه موجود أوَّلاً، وقد استقر عليه آخراً، فيكتفي به.

وإن فسخ البيع؛ فهو للبائع إن قلنا: الملك للبائع، أو: موقوف، وإن قلنا: للمشتري؛ فوجهان:

أصحهما: أنه له[١].

وعن أبي إسحاق: أنه للبائع؛ نظراً إلى المال[٢].

وبنى صاحب «التتمة» الوجهين على أن الفسخ رفعُ العقد من حِينِهِ أو من أصله؟ إن قلنا بالأول، فهو للمشتري، وإن قلنا بالثاني، فللبائع.

وفي معنى الكسب: اللبن والبيض والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة.

ومنها: النتاج، فإن فرض حدوث الولد وانفصاله في زمان الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب، وإن[٣] كانت البهيمة أو الجارية حاملًا عند البيع وولدت في زمان الخيار؛ فيبني على أن الحمل هل يأخذ قسطاً من الثمن؟ وفيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الحمل كالجزء منها، فأشبه سائر الأعضاء. فعلى هذا هو كالكسب بلا فرق.

وأصحهما: نعم، كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم، فعلى هذا: الحمل مع الأم كعينين تُبَاعَان معاً فإن فسخ البيع فهما للبائع، وإلا فللمشتري.

ومنها: العتق، وهو مؤخر في لفظ الكتاب، لكن تقديمه أليق بالشرح؛ فنقول:

---

(١) أي: للمشتري.

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (المجلس أو كانت).

إذا كان المبيع رقيقاً فأعتقه البائع في زمان الخيار المشروط لهما أو للبائع؛ نفذ إعتاقه على كل قولٍ. أما إذا كان الملك له فظاهرٌ. وأما على غير هذا القول؛ فلأنه بسبيل إلى الفسخ، والإعتاق يتضمن الفسخ فينقل الملك إليه قبيله.

وإن أعتقه المشتري، فإن قلنا: الملك للبائع؛ لم ينفذ إن فسخ البيع، وإن تم؛ فكذلك في أصح الوجهين، والثاني: ينفذ اعتباراً بمآل.

وإن قلنا بالوقف؛ فالعتق موقوف أيضاً، إن تم العقد: بانَ نفوذُه، وإلا فلا.

وإن قلنا: إن الملك للمشتري؛ ففي نفوذ العتق وجهان:

أصحهما ـ وهو ظاهر النص ـ: أنه لا ينفذ؛ صيانة لحق البائع عن الإبطال.

وعن ابن سريج: أنه ينفذ؛ لمصادفته الملك، ثم اختلفوا: فمِنْ مطلقٍ نقل النفوذ عنه، ومن فارق بين أن يكون موسراً؛ فينفذ إعتاقه، وبين أن يكون[1] معسراً؛ فلا ينفذ، كما في الرهن.

فإن قلنا: لا ينفذ، فاختار البائع الإجازة؛ ففي الحكم بنفوذه الآن وجهان؛ إن قلنا: ينفذ مِنْ وقت الإجازة أو الإعتاق؛ وجهان، أظهرهما: أولهما.

وإن قلنا بوجه ابن سريج؛ ففي بطلان خيار البائع وجهان:

أحدهما: يبطل، وليس له إلا الثمن.

وأظهرهما: لا يبطل ولكن لا يرد العتق، وإذا فسخ: أخذ قيمة العبد، كما في نظيره من الرد بالعيب، هذا إذا كان الخيار لهما أو للبائع.

أما إذا كان الـخيار للمشتري: نفذ إعتاقه على جميع الأقوال؛ لأنه إما مصادف للملك، أو أجازه وليس فيه إبطال حق الغير.

---

(١) من قوله: (موسراً فينفذ) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ظ).

وإن أعتقه البائع؛ فإن قلنا: إن الملك للمشتري؛ لم ينفذ، تَمَّ البيعُ أو فَسِخَ، ويجيء فيما لو فسخ الوجه الناظر إلى المآل.

وإن قلنا بالوقف: لم ينفذ إن تم البيع، وإلا نفذ، وإن قلنا: إنه للبائع؛ فإن اتفق الفسخ فهو نافذ، وإلّا فقد أعتق ملكه الذي تعلق به حق لازم، فهو كإعتاق الراهن.

ومنها: الوطء: فإن كان الخيار لهما أو للبائع؛ فالكلام في وطء البائع ثم في وطء المشتري:

فأما وطء البائع ففي حله طرق:

أحدها: أنّا إن جعلنا الملك له فهو حلال. وإلا فوجهان: وجه الحل: أنه يتضمن الفسخ، على ما سيأتي، وفي ذلك عود الملك إليه معه أو قبيله.

والثاني: أنّا إن لم نجعل الملك له: فهو حرامٌ، وإن جعلناه له؛ فوجهان؛ وجه التحريم: ضعف الملك.

والثالث ـ عن الشيخ أبي محمد ـ: القطع بالحل على الإطلاق، والظاهر من هذا كله الحل إن جعلنا الملك له، والتحريم إن لم نجعله له، ولا مهر عليه بحال.

وأما وطء المشتري: فهو حرام، أما إن لم يثبت الملك له؛ فظاهر، وأما إن أثبتناه فهو ضعيف، كملك المكاتب، ولكن لا حَدَّ عليه على الأقوال لوجود الملك أو شبهة الملك.

وهل يلزمه المهر؟ إن تم البيع بينهما؛ فلا، إن قلنا: إن الملك للمشتري أو موقوف.

وإن قلنا: إنه للبائع: وجب المهر له، وعن أبي إسحاق: أنه لا يـجب؛ نظراً إلى المآل. وإن فسخ البيع: وجب المهر للبائع إن قلنا: الملك له أو موقوف. وإن قلنا: إنه للمشتري؛ فلا مهر عليه في أصح الوجهين[١].

ولو أولدها[٢]: فالولد حر نسيبٌ على الأقوال.

وهل يثبت الاستيلاد؟ إن قلنا: الملك للبائع؛ فلا. ثم إن تم البيع أو ملكها بعد ذلك؛ ففي ثبوته حينئذ قولان، كالقولين فيما إذا وطئ جارية الغير بالشبهة ثم ملكها.

وعلى الوجه الناظر إلى المآل؛ إذا تم البيع: نَفَذَ الاستيلاد[٣] بلا خلاف، وعلى قول الوقف؛ إن تم البيع: بان ثبوت الاستيلاد، وإلا فلا. فلو ملكها يوماً: عاد القولان.

وعلى قولنا: إن الملك للمشتري؛ في ثبوت الاستيلاد الخلاف المذكور في العتق، فإن لم يثبت في الحال وتم البيع: بانَ ثبوته.

ثم رتب الأئمة الخلاف في الاستيلاد على الخلاف في العتق. واختلفوا في كيفيته؛ فمن صائر إلى أن الاستيلاد أولى بالثبوت، ومِنْ عاكسٍ ذلك. ووجههما مذكور في الكتاب في الرهن. قال الإمام: ولا يبعد الحكم باستوائهما؛ لتعارض الجهتين. والقول في وجوب قيمة الولد على المشتري كالقول في المهر[٤]. نعم إن جعلنا الملك للبائع، وفرضنا تمام البيع فللوجه الناظر إلى المآل مَأْخَذٌ آخَر؛ وهو القول بأن الحمل لا يعرف.

أما إذا كان الخيار للمشتري وحده؛ فحكم حل الوطء كما مرَّ في حل الوطء للبائع إذا كان الخيار له أو لهما. وأما البائع فيحرم عليه الوطءُ هاهنا. ولو وطئ؛ فالقول

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٨).

(٢) أي: وطئها لتأتي بولد.

(٣) يعني: أنها أصبحت أم ولد.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٥٢).

في وجوب المهر وثبوت الاستيلاد ووجوب القيمة كما ذكرنا في طرق المشتري إذا كان الخيار لهما أو للبائع.

هذا شرح الفروع المذكورة في الكتاب، ووراءها فروع:

أحدها: إذا تلف المبيع بآفة سماوية في زمان الخيار؛ نظِر: إن كان قبل القبض: انفسخ البيع بلا شك، وإن كان بعده، وقلنا: الملك للبائع: انفسخ أيضاً؛ لأنّا نحكم بالانفساخ عند بقاء يده، فعند بقاء ملكه أولى، فيسترد الثمن ويغرم للبائع القيمة، ويجيء في القيمة المغرومة الخلاف المذكور في كيفية غرامة المستعير والمستام.

وإن قلنا: إن الملك للمشتري أو موقوف؟ فوجهان، أو قولان:

أحدهما: أنه ينفسخ أيضاً؛ لحصول الهلاك قبل استقرار العقد.

وأصحهما: أنه لا ينفسخ؛ لدخوله في ضمان المشتري بالقبض، ولا أثر لولاية الفسخ، كما في خيار العيب.

وإن[١] قلنا بالانفساخ؛ فعلى المشتري القيمة. قال الإمام: وهاهنا يقطع باعتبار قيمة يوم التلف؛ لأن الملك قبل ذلك للمشتري. وإنما يقدر انتقاله إليه قبيل التلف[٢].

وإن قلنا بعدم الانفساخ؛ فهل ينقطع الخيار؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما ينقطع خيار الرد بالعيب بتلف المبيع.

وأصحهما: لا، كما لا يمتنع التحالف بتلف المبيع، ويخالف الرد بالعيب؛ لأن

---

(١) في (ز): (فإن).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٤).

الضرر ثَمَّ ندفع بالأرش. فإن قلنا بالأول؛ استقر العقد ولزم الثمن. وإن قلنا بالثاني؛ فإن تم العقد: لزم الثمن، وإلا وجبت القيمة على المشتري واسترد الثمن، فإن تنازعا في تعيين القيمة؛ فالقول قول المشتري.

وعن بعض الأصحاب طريقة أخرى في المسألة؛ وهي: القطع بعدم الانفساخ وإن قلنا: إن الملك للبائع، وذكروا تفريعاً عليه: أنه لو لم ينفسخ حتى انقضى زمان الخيار؛ فعلى البائع رد الثمن، وعلى المشتري القيمة؛ لأن المبيع تلف على ملك البائع؛ فلا يبقى الثمن على مليكه. قال الإمام: وهذا تخليط ظاهر[1].

و[الفرع] **الثاني**: لو قبض المشتري المبيع في زمان الخيار وأتلفه متلف قبل انقضائه:

إن قلنا: إن الملك للبائع؛ انفسخ البيع، كما في صورة التلف؛ لأن نقل الملك بعد الهلاك لا يمكن.

وإن قلنا: إنه للمشتري أو موقوف، نُظِر: إن أتلفه أجنبيٌّ؛ فيبني على ما لو تلف، إن قلنا: ينفسخ العقد ثَمَّ، فهذا كإتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض، وسيأتي حكمه، إن شاء الله تعالى[2].

وإن قلنا: لا ينفسخ ـ وهو الأصح ـ؛ فكذلك هاهنا، وعلى الأجنبي القيمة، والخيار بحاله، فإن تم البيع؛ فهي للمشتري، وإلا فالبائع، ولو أتلفه المشتري: استقر الثمن عليه، فإن أتلفه في يد البائع، وجعلنا إتلافه قبضاً: فهو كما لو تلف في يده.

وإن أتلفه البائع في يد المشتري؛ ففي «التتمة»: أنه يبني على أن إتلافه كإتلاف

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٦٠).

(٢) قوله: (إن شاء الله تعالى) سقط من (ط الفكر).

الأجنبي، أو كالتلف بآفة سماوية، وستعرف الخلاف فيه.

و[الفرع] **الثالث**: لو تلف بعض المبيع في زمان الخيار بعد[١] القبض، كما لو اشترى عبدين فمات أحدهما؛ ففي الانفساخ فيما تلف الخلاف السابق:

إن انفسخ: جاء في الانفساخ في الباقي قولا تفريق الصفقة.

وإن لم ينفسخ: بقي خياره في الباقي إن قلنا بجواز رد أحد العبدين إذا اشتراهما بشرط الخيار، وإلا ففي بقاء الخيار في الباقي الوجهان. وإذا بقي الخيار فيه وفسخ؛ رده مع قيمة الهالك.

فرع: إذا قبض المبيع في زمان الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف في يده؛ فهو كما لو تلف في يد المشتري، حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع؛ ينفسخ البيع ويسترد المشتري الثمن ويغرم القيمة. حكاه الإمام عن الصيدلاني، ثم أبدى في وجوب القيمة احتمالاً لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك[٢].

واعلم أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم[٣] الثمن في زمان الخيار، ولو تبرع أحدهما بالتسليم: لم يبطل خياره، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع، وقيل: ليس له استرداده، وله[٤] أخذ ما عند صاحبه دون رضاه[٥]، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع.

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (قبلَ).

(٢) في (ظ): (البائع).

«نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٥٨-٥٩).

(٣) من قوله: (المبيع) إلى هنا سقط من (ز).

(٤) سقط: (وله) من (ظ).

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٤٥٥): «والأول أصح».

و[**الفرع**] **الرابع**: لو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم خاطبها بالطلاق في زمان الخيار؛ فإن تم العقد بينهما وقلنا: إن الملك للمشتري أو موقوف: لم يقع الطلاق، وإن قلنا: إنه للبائع: وقع. وإن فسخ وقلنا: إنه للبائع أو موقوف: وقع.

وإن قلنا: للمشتري؛ فوجهان عن رواية الصيمري، وليس له الوطء في زمان الخيار؛ لأنه لا يدري أيطأ بالملك أو بالزوجية. هكذا حكي عن نصه. وفيه[1] وجه آخر.

وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب: فقوله: (فالمبيع باق على ملكه)، معلم بالألف.

وقوله: (على الأصح)، يمكن أن يريد به الأصح من الطريقين، ويمكن أن يريد به الأصح من الأقوال. وعلى التقدير الثاني: يجوز إعلامه بالواو، للطريقة النافية للخلاف.

وقوله: (فالملك منتقل إليه)، معلم بالحاء والميم والواو.

وقوله: (فثلاثة أقوال)، بالواو. وقوله: (موقوف)، بالحاء والميم والألف. ووجه ذلك كله ما مر.

وقوله: (فينتظر آخر الأمر) إلى آخره، عبارة أجراها على قول الوقف، ومعناها: أن ما يستقر عليه العقد آخراً من الفسخ والإمضاء، يقدر وجوده في الابتداء، فإن فسخ قدرنا أنه لم يجر بينهما عقد، وإن أمضى: قدرناه من الابتداء، هذا ما ينطبق اللفظ عليه. والله أعلم.

---

(١) أي: في وجه له الوطء، لكن الصحيح المنصوص هو الأول.

قال:

(ويحصلُ الفسخُ بوطءِ البائعِ (و) وبيعِه وعتقِه وهبتِه معَ القَبض، وإن كانَ من ولدِه، ولا تَحصلُ الإجازةُ (و) بسكوتِه على وطءِ المشتري. وما جَعلناه فَسخاً من البائع، فهو إجازةٌ (و) من الـمُشتري إن وُجِد. وكذا الإجارةُ[1] والتزّويجُ في معنى البَيعِ (و) من واحدٍ منهما، والعَرضُ على البيعِ والإذنُ فيه لا يقطعُ[2] خيارَ البائع).

لا يخفى ما يحصل به الإجازة من الألفاظ، ولا ما يحصل به الفسخ، كقول البائع: «فسخت البيع»، و: «استرجعت المبيع[3]»، و: «رددت الثمن». وعن الصيمري: أن قول البائع في زمان الخيار: «لا أبيع حتى يزيد في الثمن»، وقول المشتري: «لا أنقل»[4]: اختيارٌ للفسخ.

وكذا قول المشتري: «لا أشتري حتى يُنْقِص لي من الثمن»، وقول البائع: «لا أنقل[5]». وكذا طلب البائع حلول الثمن الـمؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحالّ.

ثم في الفصل صور:

إحداها: إذا كان للبائع خيارٌ فوطْئُه[6] في زمان الخيار فسخ؛ لإشعاره باختيار

---

(١) في (ز): (فهو إجازة من المشتري، والإجارة). (م ع).

(٢) في (ز): (ليس بفسخ ولا يقطع).

(٣) في (ز): (البيع) وهو خطأ.

(٤) في (ظ): (لا أفعل).

(٥) في (ظ): (لا أفعل).

(٦) أي: فوطء البائع الجارية المبيعة.

الإمساك. ويخالف الرجعة؛ لأنها لا تحصل بالوطء؛ لأن الرجعة لتدارك النكاح، وابتداء النكاح لا يحصل بالفعل، فكذا تداركه، والفسخ هاهنا لتدارك ملك اليمين، وابتداؤه تارة يحصل بالقول وأخرى بالفعل، وهو السبي، فكذا تداركه جاز أن يحصل بالفعل.

وحكى الإمام عن بعض الخلافيين وجهاً: أن وطء البائع ليس بفَسْخٍ؛ تخريجاً من الخلاف في أن الوطء هل يكون تعييناً للمملوكة والمنكوحة عند إبهام العتق والطلاق[1]؟

وروى القاضي ابن كج وجهاً: أنه إنما يكون فسخاً إذا نوى به الفسخ.

وعلى المذهب: لو قَبَّل أو باشر فيما دون الفرج، أو لمس بشهوة: هل يكون فسخاً؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: نعم[2]. وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»[3]. وبمثله أجاب في الاستخدام وركوب الدابة.

لكن الأظهر في المذهب: أنهما لا يتضمنان الفسخ.

الثانية: إعتاق البائع إن كان له الخيار: فسخ بلا خلافٍ، وفي بيعه وجهان:

أحدهما: أنه ليس بفسخ؛ لأن الأصل بقاءُ العقد، فيستصحب إلى أن يوجد الفسخُ صريحاً. وإنما جعلنا العتق فسخاً لقوته.

وأصحهما: أنه فسخ؛ لدلالته على ظهور الندم. وعلى هذا ففي صحة البيع المأتيِّ به وجهان:

أصحهما: صحته، كالعتق.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٩).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٦-٨).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣١١).

والثاني: المنع؛ لأن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد جميعاً، كما أن التكبيرة الثانية في الصلاة[١] بنية الشروع، يخرج بها من الصلاة؛ فلا يشرع بها في الصلاة.

ويجري هذا الخلاف في الإجارة والتزويج، وكذا في الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض. ولا فرق بين أن يهب ممن لا يتمكن من الرجوع في هبته، وبين أن يهب ممن يتمكن، كما لو وهب من ولده؛ لأن الملك في الصورتين زائل، والرجوع إعادة لما زال. وإن تجرد الرهن والهبة عن القبض؛ فالحكم فيه؛ كما في العرض على البيع، وسيأتي.

الثالثة: إذا علم البائع أن المشتري يطأ الجارية وسكت عليه، هل يكون مجيزاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لإشعاره بالرضا، وأيد ذلك بقوله في «المختصر»: ولو عجل المشتري فوطئها فأحبلها قبل التفرق في غفلة من البائع، فاختار البائع الفسخ؛ كان على المشتري مهر مثلها. قيَّد بما إذا وطئ في غفلة من البائع.

وأصحهما: لا، كما لو سكت على بيعه وإجازته[٢]، وكما لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر، وهذا هو المذكور في الكتاب، ولو وطئ بالإذن: حصلت الإجازة، ولم يجب على المشتري مهر ولا قيمة ولد، وثبت الاستيلاد بلا خلاف.

وما مر في الفصل السابق مفروضٌ فيما إذا لم يأذن له البائع في الوطء ولا علم به.

الرابعة: وطء المشتري هل يكون إجازة منه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل له الفسخ بعد ذلك، كما أن له الرد بالعيب بعد الوطء.

---

(١) قوله: (في الصلاة) سقط من (ظ).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (وإجارته).

وأصحهما ـ وبه أجاب في الكتاب ـ: نعم؛ لأن وطء البائع اختيار للبيع[١]، فكذا وطء المشتري. ويخالف الرد بالعيب؛ لأنه عند الوطء جاهل بالحال حتى لو كان عالماً يسقط الخيار.

ولو أعتق المشتري؛ نظِر: إن أعتق بإذن البائع: نفذ وحصلت الإجازة من الطرفين. وإن أعتق بغير إذنه؛ ففي نفوذه ما سبق؛ فإن نفذ: حصلت الإجازة، وإلا فوجهان، حكاهما الإمام، أظهرهما: الحصول أيضاً؛ لدلالته على اختيار الملك[٢]. قال: ويتوجه أن يقال: إن أعتق وهو يعلم عدم نفوذه: لم يكن إجازة بلا خلاف[٣].

ولو باع أو وقف أو وهب أو قبض[٤] بغير إذن البائع؛ لم ينفذ، ولا يجيء فيها الخلاف المذكور في العتق؛ لاختصاصه بمزيد القوة والغلبة. وهل يكون إجازة؟

قال أبو إسحاق[٥]: لا؛ لأن الإجازة لو حصلت لحصلت ضمناً؛ للتصرف، فإذا لغا التصرف فلا إجازة.

وقال الإصطخري: نعم؛ لدلالته على الرضا والاختيار. وهذا أصح عند الأصحاب.

ولو باشر هذه التصرفات بإذن البائع، أو باع من البائع نفسه: صح التصرف على أصح الوجهين.

قال في «الشامل»: وعلى الوجهين جميعاً: يلزم البيع ويسقط الخيار، ولكن قياس

---

(١) في (ظ): (للمبيع).

(٢) في (ظ): (التمليك)، وفي «الروضة»: (التملك).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٥٤).

(٤) في (ز): (وأقبض).

(٥) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٨).

ما مر أن يكون سقوط الخيار إن قلنا بعدم نفاذها على الوجهين.

ولو أذن له البائع في طحن الحنطة المبيعة فطحنها؛ كان مجيزاً، ومجرد الإذن في هذه التصرفات لا يكون إجازة من البائع، حتى لو رجع قبل التصرف: كان على خياره. ذكره الصيدلاني وغيره.

الخامسة: في العرض على البيع والإذن في التوكيل، فيه وجهان، وكذا في الرهن والهبة دون القبض:

أحدهما: أن هذه التصرفات فسخ من جهة البائع، وإجازة من جهة المشتري؛ لدلالتها على الاستئثار بالبيع؛ ولهذا يحصل بها الرجوع عَن الوصية.

وأظهرهما ـ وهو المذكور في الكتاب[١] ـ: أنها ليست بفسخ ولا إجازة؛ فإنها لا تقتضي إزالةَ ملكٍ، وليست بعقودٍ لازمةٍ، ومن المحتمل صدورها عن تردده في الفسخ والإجازة.

ولو باع المبيعَ في زمان الخيار بشرط الخيار؛ قال إمام الحرمين: إن قلنا: لا يزول ملك البائع؛ فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض، وإن قلنا: يزول؛ ففيه احتمال أيضاً؛ لأنه أبقى لنفسه مستدركاً[٢].

وقوله في الكتاب: (لا يقطع خيار البائع)، لا معنى للتخصيص بالبائع، فإنه كما لا يقطع خيار البائع لا يقطع خيار[٣] المشتري. ولو أبدل لفظ: البائع بالبيع، لم يكن به بأس. والمواضع المحتاجة إلى الإعلام من لفظ الكتاب بينة مما أوردناه. والله أعلم.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١١٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (١١/ ٢١٢-٢١٣).

(٣) قوله: (البائع لا يقطع خيار) سقط من (ظ).

قال:

(ولو اشترى عبداً بجاريةٍ وأعتقَهما معاً: تعيَّنَ العِتقُ في العَبد؛ على الأصحّ (ح)؛ تقديماً للإجازةِ على الفَسخ).

إذا اشترى عبداً بجارية ثم أعتقهما معاً؛ نظر: إن كان الخيار لهما: عتقت الجارية؛ بناءً على ما مر أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ، ولا يعتق العبد المشتري، وإن جعلنا الملك فيه لمشتريه؛ لما فيه من إبطال حق صاحبه على الأصح، وعلى الوجه الذي قلنا بنفاذ إعتاق المشتري، تفريعاً على أن الملك للمشتري، يعتق العبد ولا تعتق الجارية.

وإن كان الخيار لمشتري العبد ـ وهو المراد من مسألة الكتاب ـ: لم يحكم بعتقهما معاً. وعن أبي حنيفة[1]: أنهما يعتقان.

لنا: أنه لا ينفذ إعتاقهما على التعاقب، فكذلك دفعة واحدة. وفيمن يعتق منهما؟ وجهان:

أحدهما ـ وهو ما أورده ابن الصباغ ـ: أنه يعتق الجارية؛ لأن تنفيذ العتق فيها فسخ، وفي العبد إجازة. والفسخ والإجازة إذا اجتمعا يقدم الفسخ؛ ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ.

---

(١) قال أبو حنيفة رحمه الله: «خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع...، وإنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار، لأنه شرع نظراً له دون الآخر، إلا أن المشتري لا يملكه، ولو قلنا: يدخل المبيع في ملكه: اجتمع البدلان في ملك أحدٍ، ولا أصل له في الشرع». انظر: «فتح القدير» (٦/ ٣٠٦-٣٠٧).
قلت: هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله، وعنده: إذا لم يدخل العبد في ملك المشتري، لا يقدر أن يعتق بما لا يملك، وربما يصح نسبة هذا القول إلى غير أبي حنيفة رحمه الله، لأن عندهم يدخل ملك العبد إلى ملك المشتري، وأما الثمن وهو الجارية فهي في ملك المشتري وله التصرف فيها.

وأصحهما ـ وبه أجاب ابن الحداد ـ: أنه يعتق العبد؛ لأن الإجازة إبقاء للعقد. والأصل فيه الاستمرار.

قال الشيخ أبو علي: الوجهان مبنيان على أن الملك في زمان الخيار للبائع أو للمشتري؟

إن قلنا بالأول؛ فالعبد غير مملوك لمشتريه، وإنما ملكُه الجارية؛ فينفذ العتق فيها.

وإن قلنا بالثاني؛ فمِلْكُه العبدُ؛ فينفذ العتق فيه.

ثم حكى وجهاً ثالثاً؛ وهو: أنه لا يعتق واحد منهما؛ لأن عتق كل واحد منهما يمنع عتق الآخر، وليس أحدهما أولى من الآخر؛ فيتدافعان.

وإن كان الخيار لبائع العبد وحده؛ فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشتر والخيار لصاحِبِه، وبالإضافة إلى الجارية بائع والخيار لصاحبه، وقد سبق الخلاف في إعتاقهما والصورة هذه، والذي يخرج منه للفتوى: أنه لا يحكم بنفوذ العتق في واحدٍ منهما في الحال، فإن فسخ صاحبُه البيعَ؛ فهو نافذٌ في الجارية، وإلا؛ ففي العبد. ولو كانت المسألة بحالها وأعتقها مشتري الجارية؛ فقس الحكم بما ذكرنا.

وقيل[1]: إن كان الخيار لهما؛ عتق العبد دون الجارية على الأصح، وإن كان الخيار للمعتق وحده، فعلى الوجوه الثلاثة: في الأول: يعتق العبد، وفي الثاني: تعتق الجارية، ولا يخفى الثالث. والله أعلم.

---

(١) في «الروضة» (٣/ ٤٥٩): (وقلْ).

قال رحمه الله:

(القِسمُ الثاني: خيارُ النَّقيصة؛ وهو ما يثبتُ بفواتِ أمرٍ مظنونٍ نَشَأ الظنُّ فيه من التزامٍ شرطيٍّ أو قضاءٍ عُرفيٍّ أو تغريرٍ فِعليٍّ. أما الالتزامُ الشَّرطيّ؛ فهو أن يَقول: بعتُه بشرطِ أنه كاتبٌ أو خبّازٌ أو مُتجعِّدُ الشَّعر. فإن فُقد؛ فللمُشتري الخِيار. وكذلكَ كلُّ وصفٍ يتعلَّقُ به غرضٌ أو ماليةٌ).

لما فرغ عن الأول من قسمي الخيار ـ وهو خيار التروي ـ شرع في الثاني؛ وهو خيار النقيصة، المنوط بفوات شيء في المعقود عليه كان يتوقع ويظن حصوله.

وذلك الظن على ما ذكره ينشأ من أحد ثلاثةِ أمورٍ:

أولها: أن يشرط العاقد كون المعقود عليه بتلك الصفة.

وثانيها: اطراد العرف بحصولها فيه.

وثالثها: أن يفعل العاقد[1] ما يورث ظنَّ حصولها.

فالأول: مثل قوله: «بعت هذا العبد بشرط أنه كاتب أو خباز». واعلم أن الصفات الملتزمة بالشرط قسمان:

أحدهما: الصفات التي تتعلق بها زيادة مالية، فيصح التزامها، والـخُلْفُ فيها لا يُثبت الخيار، كالعيب.

والثاني: الصفات التي لا تتعلق بها زيادة مالية. وهي قسمان:

أحدهما: التي يتعلق بها غرض معقول، والخلف فيها يثبِت الخيار أيضاً وفاقاً، أو على اختلاف فيه، وذلك بحسب قوة الغرض وضعفه.

---

(١) من قوله: (كون المعقود) إلى هنا سقط من (ظ).

والثاني: التي لا يتعلق بها غرض معقول[١]، فاشتراطها يلغو، ولا خيار بفقدها. ولنقصر الصور على هذه الأقسام.

فإذا شرط كون العبد خبازاً أو كاتباً أو صائغاً؛ فهو من القسم الأول، ويكفي أن يوجد من الصفة المشروطة ما ينطبق عليه الاسم، ولا يشترط النهاية فيها. ولو شرط إسلام العبد فبان كافراً؛ فله الرد؛ لفوات فضيلة الإسلام. وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية.

ولو شرط كفر الرقيق فبان مسلمـاً: ثبت الخيار على المذهب. وبه قال أحمد[٢]، لا لنقيصةٍ ظهرت؛ ولكن لأن الكافر يشتريه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه إلا المسلم فقط؛ فَتقلّ فيه الرغبات.

وقيل: إن كان قريباً من بلاد الكفر، أو في ناحية أغلب أهلها الذميون: ثبت الخيار، وإلا فلا.

وقال أبو حنيفة[٣] والمزني: لا خيار أصلًا.

ولو شرط بكارة الجارية، فبانت ثيباً: فله الرد، ولا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة.

وعن أبي الحسن[٤]: أن أبا إسحاق[٥] قال: لا خيار إذا كانت مزوجة؛ لأنها وإن

---

(١) في «الروضة» (٣/ ٤٦٠): (مقصود).

(٢) لم أعثر على هذه المسألة في كتب الحنابلة.

أقول: عند الحنابلة روايتان في ثبوت الخيار، الراجح عندهم أنه ليس له الفسخ، الإنصاف (٤/ ٣٤١ – ٣٤٢). (م ع).

(٣) «رد المحتار» (٤/ ٦٢).

(٤) في (ز): (أبي الحسين).

(٥) في (ز): (أبا الحسن).

كانت بكراً فالافتضاض مستحق للزوج، ولا غرض للمشتري في بكارتها[١].

والمذهب: الأول؛ لأن الزوج قد يطلقها فتَخْلُصُ له.

ولو شرط ثيابتها فبانت بكراً؛ فوجهان:

أحدهما: أنه يثبت الخيار؛ لأنه قد يضعف عن مباشرة البكر، فيريد الثيب.

وأصحهما: أنه لا خيار؛ لأن البكر أفضل، وأكثر قيمة، فصار كما لو شرط كون العبد أمياً فبان كاتباً، أو فاسقاً فبان عفيفاً.

ولو شرط السبوطة في الشعر فبان جعداً؛ فعلى هذين الوجهين؛ لأن السبط قد يكون أشهى إلى بعض الناس.

ولو شرط الجعودة فبان سبطاً: ثبت الخيار. فإن قلت: ذكرتم في بيع الأمة[٢] أن رؤية الشعر معتبرة على أصح الوجهين، والشعر إذا رؤي عرفت جعودته وسبوطته، فكيف تصورون[٣] المسألة؟

فالجواب: أن خروجها على تجويز بيع الغائب، وعلى أن رؤية الشعر غير معتبرة واضح. وأما على الأصح؛ فإن الشعر قد يرى ولا تعرف جعودته وسبوطته؛ لعروض ما يستوي الحالتان عنده؛ من الابتلال، وقرب العهد بالتسريح، ونحوهما. ولو لَبَّسَ بتجعيد السبط أو بالعكس؛ فسيأتي ذلك.

ولو شرط كون العبد خصياً فبان فحلاً أو بالعكس: ثبت الرد؛ لشدة اختلاف الأغراض.

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٥).

(٢) في (ظ): (الغائب).

(٣) في (ظ): (صورة).

وذكر أبو الحسن العبادي: أنه لا رد في الصورة الأولى؛ لأن الفحولة فضيلة.

ولو شرط كونه مختوناً فبان أقلف فله الرد، وبالعكس: لا يرد، قال في «التتمة»: إلا أن يكون العبد مجوسيّاً، وثَمَّ مجوسيون يشترون الأقلف بزيادة: فله الرد.

ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة؛ فهو لغو.

واعلم أن خيار الخلف على الفور، ويبطل بالتأخير، على ما سنذكره في المعيب.

ولو تعذر الرد بهلاك وغيره: فله الأرش، كما في العيب.

ومسائل الفصل بأسرها مبنية على أن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع.

وحكى الحناطي قولاً غريباً: أنه يوجبه. والله أعلم.

قال:

(وأما القَضاءُ العرفيّ: فهو السَّلامةُ عن العُيوبِ المذمومة، فمهما فاتَت ثبتَ الخيار. وذلكَ بكلِّ عيبٍ يُنقِصُ القيمةَ أو العَين. والخصيُّ معيبٌ وإن زادَت قيمتُه. واعتيادُ الزِّنى والسَّرقةِ والإباقِ والبولِ في الفِراشِ (ح) عَيب، والبَخَرُ والصَّنانُ (ح) الذي لا يَقبلُ المعالجةَ ويخالفُ العادةَ عيبٌ في العَبيدِ والإماء، وكونُ الضَّيعةِ منزلَ الجنودِ وثقلَ الخراجِ عَيب).

الثاني من أسباب الظن: اطراد العرف.

فمن دخل في العقد لتحصيل مالٍ كان ظانّاً صفة السلامة فيه؛ لأن سلامة الأشخاص والأعيان عن العيوب المذمومة هي الغالبة، والغلبة من موجبات الظن. وحينئذ يكون بذله المال في مقابلة السليم، فإذا تبين العيب وجب أن يتمكن من التدارك.

والأصل فيه من جهة النقل: ما روي عن عائشة رضي الله عنها: أن رجلاً اشترى غلاماً في زمان رسول الله ﷺ، فكان عنده ما شاء الله، ثم رده من عيب وجده[١]. ومن باع عيناً وهو يعلم بها عيباً؛ وجب عليه أن يبينه للمشتري[٢]، روي: أنه ﷺ قال: «ليس منا من غشنا»[٣]، وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمن باع من أخيه بيعاً يعلم فيه عيباً إلا بيّنه له»[٤].

إذا تقرر ذلك؛ ففي الفصل ذكر عيوب معدودة:

منها: لو اشترى عبداً فوجده خصيّاً أو مجبوباً؛ فله الرد؛ لأن الفحل يصلح لما لا يصلح له الخصي. وقد دخل في العقد على ظن الفحولة؛ لأن الغالب سلامة الأعضاء.

---

(١) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٦١)، برقم (٣٣٦٧)، في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم رأى عيباً، عن عائشة رضي الله عنها قالت: «إن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه»، قال أبو داود: «هذا إسناد ليس بذاك». وقال المنذري: «يشير إلى ما أشار إليه البخاري من تضعيف مسلم بن خالد الزنجي» وهو من أحد رواته. وابن ماجَهْ (٢/ ٧٥٤)، برقم (٢٢٤٣)، في التجارات، باب الخراج بالضمان، عن عائشة رضي الله عنها: «أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فرده»، وفي إسناده أيضاً مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي، وضعفه الذهبي في «ميزان الاعتدال» (٤/ ١٠٣)، وأخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٥)، وصححه هو والذهبي مع أن في طريقه مسلم بن خالد. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٢): «صححه ابن القطان، وقال ابن حزم: «لا يصح»».

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤٦١): «قلت: ويجب أيضاً على غير البائع ممن علمه إعلام المشتري. والله أعلم».

(٣) أخرجه مسلم (١/ ٩٩)، برقم (١٦٤)، في الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا»، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٩٢) برقم (٣٣٠٨)، في البيوع، باب في النهي عن الغش، من حديث أبي هريرة بهذا اللفظ، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه مسلم والترمذي وابن ماجَهْ بنحوه. وحكي عن سفيان أنه كان يكره هذا التفسير: «ليس منا»: ليس مثلنا».

(٤) أخرجه ابن ماجَهْ (٢/ ٧٥٥)، برقم (٢٢٤٦)، في التجارات، باب من باع عيباً فليبينه، قريباً من هذا اللفظ. وأحمد في «المسند» (٤/ ١٥٨)، وفي إسناده ابن لهيعة، والحاكم (٢/ ٨)، في البيوع، وقال: «صحيح على شرط الشيخين»، ووافق عليه الذهبي. وفي إسناده عبد الرحمن بن شُمَاسَةَ: خرَّج له مسلم فقط.

فإذا فات ما هو متعلق الغرض: وجب ثبوت الرد، وإن زادت القيمة باعتبار آخر.

ومنها: الزنى والسرقة عيبان؛ لتأثيرهما في نقصان القيمة. وقال أبو حنيفة[١]: الزنى عيب في الإماء دون العبيد. نعم، لو ثبت زنى العبد عند الحاكم ولم يقم عليه الحد بعدُ: ثبت الرد.

ومنها: الإباق، وهو من أفحش عيوب المماليك.

ومنها: البول في الفراش عيبٌ في العبيد والإماء إذا كان في غير أوانه، أما في الصغر فلا، وقدره في «التهذيب»[٢] بما دون سبع سنين.

وقال أبو حنيفة[٣] رضي الله عنه: إنه عيب في الإماء دون العبيد.

ومنها: البَخَر[٤] والصُّنان[٥] عيبان، خلافاً لأبي حنيفة[٦] في العبيد.

لنا: أنهما يؤذيان عند الخدمة والمكالمة، وينقصان القيمة.

والبخر الذي نجعله عيباً: هو الناشئ من تغير المعدة دون ما يكون لِفَلَجِ[٧] الأسنان[٨]؛ فإن ذلك يزول بتنظيف الفم.

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٢).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٤٥).

(٣) بل البول في الفراش عيب في الكل عند أبي حنيفة.
انظر: «فتح القدير» (٦/ ٣٥٨)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٤١).

(٤) بَخِرَ الفم من باب تعب أي: أنتنت ريحه. «المصباح المنير»، مادة: بخر.

(٥) الصُّنَانُ: الذَّفَرُ تحت الإبط وغيره. «المصباح المنير»، مادة: صنن.

(٦) البَخَرُ والذَّفَر ـ نتن الإبط ـ عيبان في الجارية دون الغلام، إلا إذا كانا من داء، فيكونان عيباً في الغلام أيضاً عند أبي حنيفة. انظر: «فتح القدير» (٦/ ٣٦٠).

(٧) فَلَجُ الأسنان: أي: التباعد بينها. «لسان العرب»، مادة: فلج.

(٨) في الأصل: (الإنسان)، وهو غلط.

والصُّنانَ الذي نجعله عيباً: هو المستحكم الذي يخالف العادةَ دون ما يكون لعارض عَرَق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ.

ومنها: كون الضيعة أو الدار منزل الجنود عيب؛ لأنه يقلل الرغبات.

قال القاضي حسين في «فتاواه»: وهذا إذا اختصت من بين ما حواليها بذلك، فأما إذا كان ما حواليها من الدور بمثابتها؛ فلا رد به.

وكونها ثقيلة الخراج عيب أيضاً، وإن كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد؛ لتفاوت القيمة والرغبات، ونعني بثقل الخراج: أن يكون فوق المعتاد في أمثالها.

وعن حكاية أبي عاصم العبادي وجه: أنه لا رد بثقل الخراج، ولا بكونها منزل الجنود؛ لأنه خلل في نفس المبيع.

وألْـحَقَ في «التتمة» بهاتين الصورتين ما إذا اشترى داراً فوجد بقربها قصّارين يؤذون بصوت الدق، ويزعزعون الأبنية، أو أرضاً فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع.

ولو اشترى أرضاً وهو يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه؛ نظِر: إن لم يكن على مثلها خراج؛ فله الرد، وإن كان على مثلها ذلك القدر؛ فلا رد.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (فمهما فاتت)، يعني السلامة. وقوله: (وذلك)، أي: فواتها.

وقوله: (بكل عيب ينقص القيمة)، لا يصلح للضبط لمسألة الخصي، وربما يذكر في آخر الفصل ما يصلح له.

وقوله: (اعتياد الزنى) إلى آخره، يشعر باعتبار الاعتياد في الأمور المذكورة، وليس كذلك.

أما في الزنى؛ فقد نصوا على أنه لو زنا مرة في يد البائع؛ فللمشتري الرد، وإن تاب وحسنت حاله؛ لأن تهمة الزنى لا تزول عنه. ألا ترى أن الحر إذا زنا لا يحد مأزقه[1][2] وإن تاب؟

وأما الإباق: فعن أبي علي الزجَّاجي: أنه لو أبق في يد البائع؛ فللمشتري الرد به، وإن لم يأبق في يده، وهذا ما اختاره القاضي حسين. وقال: الفعلة الواحدة في الإباق يجوز أن تعد عيباً أبديّاً، كالوطء في إبطال الحصانة، والسرقة قريبة من هذين.

وأما البول في الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه. والله أعلم.

وقوله: (الصنان الذي لا يقبل العلاج)، هذا القيد لا حاجة إليه كما في سائر العلل والأمراض، والإمام لم يذكره هكذا، وإنما قال: إذا كان لا يندفع إلا بعلاج يخالف المعتاد[3]. وهو مستقيم.

هذا ما يتعلق بفقه الكتاب ولفظه.

ونعدُّ بعده عيوباً:

فمنها: كون الرقيق مجنوناً أو مخبَّلاً أو أبله[4] أو أبرص أو مجذوماً أو أشل أو

---

(١) أي: إحصانه.

(٢) في (ظ) و(ز): (إذا زنا لا يحد قاذفه).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٤٦).

(٤) قال في «المصباح المنير»: المخَبَّـلُ: المجنون. خبل. أبله: رجل ضعف عقله، بله.
مجذوم: رجل أصابه جذام يقطع اللحم ويسقطه، جذم.
أقرع: رجل ذهب شعره من آفة، قرع.
أعور: رجل نقصت عينه أو غارت، عور.
أخفش: رجل صغرت عيناه وضعفتا في البصر، خفش.
أجهر: رجل لا يبصر في الشمس، جهر.
أعشى: رجل ضعف بصره، عشى. =

أقرع أو أصم أو أعمى أو أعور أو أخفش أو أجهر أو أعشى أو أخشم أو أبكم أو أرتّ[1] لا يفهم أو فقيد حاسة الذوق أو فقيد إصبع أو أنملة أو فقيد الظفر والشعر. كذا قاله في «التتمة».

ومنها: كونه ذا إصبع زائدة أو سن شاغية[2]، أو مقلوع بعض الأسنان، أو أدرد[3]، وكون البهيمة درداء إلا في السن المعتاد، وكونه ذا قروح أو ثآليل[4] كثيرة، أو بهق[5]. قاله الصيمري. وكونه مريضاً مرضاً مخوفاً[6]، وكذا في سائر الحيوانات. كذا قاله في «التتمة».

= أخشم: رجل أصابه داء في أنفه فأفسده فصار لا يشم، خشم.
أبكم: الأخرس، وقيل: الأخرس الذي خلق ولا نطق له، والأبكم: الذي له نطق ولا يعقل، بكم. أَرَتَّ: رجل في لسانه حُبْسة، رتت.
أَرَثَّ: قال في «اللسان» و«القاموس»: هو رجل في خلقه بذاءةٌ وحماقة وضعف، مادة رثث.

(١) في «الروضة» (٣/ ٤٦٢): (الأرت)، قلت: وسبق معناهما آنفاً.

(٢) في الأصل: (شاغبة)، وهي خطأ. والسن الشاغية: الزائدة على الأسنان وخالف منبتها منبت غيرها. «المصباح المنير»، مادة: شغى.

(٣) هو رجل سقطت أسنانه وبقيت أصولها. «المصباح المنير»، مادة: درد.

(٤) الثآليل: جمع الثُّؤْلُولِ، وزان عصفور. والثَّول: داءٌ يشبه الجنون، وقال ابن فارس: داءٌ يصيب الشاةَ فتسترخي أعضاؤها. «المصباح المنير»، مادة: ثول.

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٤٦٢): «قلت: البَهَق بفتح الباء الموحدة والهاء، وهو بياض يعتري الجلد يخالف لونه، ليس ببرص. وأما السن الشاغية: فهي الزائدة المخالفة لنبات الأسنان.
والأخفش نوعان: أحدهما: ضعيف البصر خلقة. والثاني: أن يكون بعلةٍ حدثت، وهو الذي يبصر بالليل دون النهار، وفي يوم الغيم دون الصحو. وكلاهما عيب.
وأما الأجهر ـ بالجيم ـ فهو الذي لا يبصر في الشمس، والأعشى هو الذي يبصر بالنهار ولا يبصر بالليل. والمرأة: عشواء.
والأخشم: الذي في أنفه دَاءٌ لا يشم شيئاً. وتقدم بيان الأرتّ في صفة الأئمة. والله أعلم».

(٦) في (ظ): (مخوفاً أو غير مخوف).

وكونه أبيضَ الشعر في غير أوانه، ولا بأس بحمرته.

وكونه نمّاماً أو ساحراً أو قاذفاً للمحصنات.

وكونه مقامراً أو تاركاً للصلاة أو شارباً للخمر. وفي «الرقم» للعبادي: أنه لا رد بالشرب وترك الصلاة.

وكونه خنثى مشكلاً أو غير مشكل.

وعن بعض المتأخرين: أنه إن كان رجلاً وكان يبول من فرج الرجال: فلا رد.

وكون العبد مخنثاً أو ممكناً من نفسه، وكون الجارية رتقاء[١] أو قرناء[٢] أو مستحاضة أو معتدة أو محرمة أو متزوجة، وكون العبد متزوجاً.

وفي «البيان» حكاية وجه في التزويج[٣]، وتعلق الدين برقبتهما، ولا رد بما يتعلق بالذمة، وكونهما مرتدين.

ولو كانا كافرين أصليين؛ فمنهم من قال: لا رد به في العبيد ولا في الإماء سواء كان ذلك الكفر مانعاً من الاستمتاع، كالتمجس والتنصر والتوثن، أو لم يكن، كالتهود والتنصر. وهذا ما أورده في «التتمة».

والأظْهَرُ، وهو المنقول في «التهذيب»[٤]: أنه لو وجد الجارية مجوسية أو وثنية؛ فله الرد، ولو وجدها كتابية أو وجد العبد كافراً أيَّ كُفْرٍ؛ كان فلا رد إن كان قريباً من بلاد الكفر، بحيث لا تقل فيه الرغبات، وإن كان في بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبات في الكافر وتنقص قيمته؛ فله الرد.

---

(١) أي: بينة الرَّتَق: لا يستطيع جماعها، أو لا خَرْقَ لها إلا المبالُ خاصةً. «القاموس المحيط»، مادة: رتق.

(٢) قَرِنَتِ المرأة: إذا كان في فرجها قَرْنٌ. «المصباح المنير»، مادة: قرن.

(٣) «البيان» للعمراني (٥/ ٢٨٣). قال في «الروضة» (٣/ ٤٦٣): «قلت: إذا أحرم بإذن السيد، فللمشتري الخيار، وإلا فلا، لأن له تحليله كالبائع. وقد قدمنا هذا في آخر كتاب الحج. والله أعلم».

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٤٧).

ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة أو آيسة؛ فلا رد، وإن كانت في سن تحيض النساء في مثلها غالباً؛ فله الرد، وكذا إذا تطاول طهرها وتجاوز العادات الغالبة؛ فله الرد بكون الجارية حاملاً، ولا رد به[1] في سائر الحيوانات.

وقال في «التهذيب»[2]: يثبت به الرد.

ومنها: كون الدابة جموحاً[3] أو عضوضاً أو رموحاً[4]، وكون الماء الـمشترى مشمساً. قاله الروياني في «التجربة».

والرمل تحت الأرض إن كانت مما يطلب للبناء، والأحجار إن كانت مما يطلب للزرع والغرس.

ولا رد بكون الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصوت أو سيئ الأدب أو ولد الزنى أو مغنياً أو حجَّاماً أو أكولاً أو زهيداً[5]. وترد الدابة بالزهادة، ولا بكون الأمة ثيباً، إلا إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة، ولا بكونها عقيماً، وكون العبد عِنِّيناً.

وعن الصيمري: إثبات الرد بالعنة، وهو الأظهر عند الإمام.

ولا بكون الأمة مختونة أو غير مختونة[6]، وكونِ العبد مختوناً أو غير مختون، إلا إذا كان كبيراً يخاف عليه من الختان. وقيل: لا تستثنى هذه الحالة أيضاً.

---

(١) أي: بالحمل، لأن الحمل ليس بعيب في سائر الحيوان على الصحيح.

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٤٦).

(٣) هو استعصاء الفرس براكبه حتى يغلبه. «المصباح المنير»، مادة: جمح.

(٤) يقال: رَمَحَ ذو الحافر رَمْحاً، أي: ضرب برجله. «المصباح المنير»، مادة: رمح.

(٥) الزهادة: قلة الأكل.

(٦) وفي (ز): (الأمة مخفوضة، أو غير مخفوضة).

ولا بكون الرقيق ممن يَعتق على المشتري، ولا بكون الأمة أخته من الرضاع، أو النسب، أو موطوءة[١] أبيه أو ابنه بخلاف المحرمة والمعتدة؛ لأن التحريم ثَمَّ عام؛ فيقلل الرغبات، وهاهنا يختص التحريم به.

ورأى القاضي ابن كج: إلحاق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة، ولا أثر لكونها صائمة، وفيه وجه ضعيف بمرَّة.

ولو اشترى شيئاً ثم بان له أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة، فهل له الرد لخطر فساد النيابة؟ حكى القاضي الماوردي فيه وجهين[٢].

ونقل وجهين ـ أيضاً ـ: فيما لو بان كون العبد مبيعاً في جناية عمد، وقد تاب عنها، وإن لم يتب؛ فهو عيب. وجناية الخطإ ليست بعيب إلا أن تكثر.

ومن العيوب: كون المبيع نجساً إذا كان مما ينقص بالغسل، وخشونة مشي الدابة بحيث يخاف منها السقوط، أو شرب البهيمة لبن نفسها.

وذكر القاضي أبو سعد[٣] بن أحمد في «شرح أدب القاضي» لأبي عاصم العبادي فصلاً في عيوب العبيد والجواري:

منها: اصطكاك[٤] الكفين، وانقلاب القدمين إلى الوحشي، والخِيلان[٥] الكثيرة،

---

(١) في (زّ): (موطوءة بشبهة).

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٥٥). وقال في «الروضة» (٣/ ٤٦٤): «قلت: الأصح: أنه لا رد. والله أعلم».

(٣) هو أبو سعد بن أحمد، من فقهاء الشافعية، شرح «أدب القاضي» لأبي عاصم العبادي المتوفى سنة (٤٤٨هـ). انظر: «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ٢٣٦).

(٤) يقال: رجل أَصَكُّ ومِصَكٌّ: مضطرب الركبتين والعُرْقوبين. انظر: «القاموس المحيط»، مادة: صكك.

(٥) الخِيلان، بكسر الخاء: جمع خال، وهو الشامة، هكذا فسره الخطيب في «مغني المحتاج» (٢/ ٥١).

وآثار الشجاج والقروح والكي، وسواد الأسنان، وذهاب الأشفار، والكلف[١] المغير للبشرة، وكون إحدى يدي[٢] الجارية أكبر من الأخرى، والحفر في الأسنان؛ وهُو تراكم الوسخ الفاحش في أصولهما[٣].

هذا ما حضر ذكره من العيوب، ولا مطمع في استيعابها، لكن إن أردت ضبطاً فأشدّ العبارات تلخيصاً ما أشار إليه الإمام؛ وهو أن يقال:

يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص للقيمة أو للعين نقصاناً يَفوت به غرضٌ صحيحٌ بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه[٤].

وإنما اعتبرنا نقصان العين لمسألة الخصي، وإنما لم نكتفِ بنقصان العين، بل شرطنا فوات غرض صحيح به؛ لأنه لو بان قطع فِلْقة[٥] يسيرة من فخذه أو سَاقه لا يورث شيئاً ولا يفوّت غرضاً: لا يثبت الرد؛ ولهذا قال صاحب «التقريب»: لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية: ثبت الرد، وإلا فلا.

وإنما اعتبرنا الشرط المذكور؛ لأن الثيابة ـ مثلاً ـ في الإماء معنًى يُنقص القيمة، لكن لا رد بها؛ لأنه لا يمكننا أن نقول: الغالب فيهن عدم الثيابة. والله أعلم.

---

(١) كَلِفَ الوَجْهُ كَلَفاً: تغيّرت بشَرَتُه بلونٍ علاه. «المصباح المنير»، مادة: كلف.

(٢) في «الروضة» (٣/ ٤٦٥): (ثديي).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٤٦٥): «قلت: في «فتاوى الإمام الغزالي» (ص٥٢): إذا اشترى أرضاً فبان أنها تنِزُّ إذا زادت دجلة، وتضر بالزرع، فله الرد إن قلّت الرغبة بسببه. والله أعلم».

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٢٨).

(٥) الفِلْقَةُ: القِطعة معنًى ووزناً. «المصباح المنير»، مادة: فلق.

قال:

(وكُلُّ عيب حدثَ قبلَ القَبضِ فهو من ضمانِ البائع، والرَّدُّ يثبتُ به، وما حدَثَ بعدَه فلا خِيارَ به (م)، وإن استندَ إلى سببٍ سَابق، كالقطعِ بسرقةٍ سابقة، والقتلِ بردّةٍ سابقة، والافتراعِ بنكاحٍ سابق؛ ففيه خلاف).

العيب ينقسم إلى:

ما كان موجوداً قبل البيع؛ فيثبت به الرد.

وإلى ما حدث بعده؛ فينظَر: إن حدث قبل القبض؛ فكَمِثْلِه[1]؛ لأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع.

وإن حدث بعده؛ فله حالتان:

إحداهما: أن لا يستند إلى سبب سابق على القبض؛ فلا رد به.

وقال مالك[2]: عهدة الرقيق ثلاثة أيام، إلا في الجنون والجذام والبرص، فإنها إذا ظهرت إلى سنةٍ ثبت الخيار.

لنا: القياس على ما بعد الثلاثة.

والحالة الثانية: أن يستند إلى سبب سابق على القبض، وفيها صور:

إحداها: بيع العبد المرتد صحيح على المذهب، كبيع العبد المريض المشرفِ على الهلاك.

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً: أنه لا يصح؛ تخريجاً من الخلاف في العبد الجاني،

---

(١) في (ز): (فكمثل).

(٢) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٧٣-٤٧٥).

والعبد الذي قتل في المحاربة، فإن تاب قبل الظفر به؛ فبيعه كبيع العبد الجاني؛ لسقوط العقوبة المتحتمة. وكذا إن تاب بعد يوم[١] الظفر، وقلنا بسقوط العقوبة، وإلا فثلاثة طرق:

أظهرهما ـ عند كثير من الأئمة ـ: أن بيعه كبيع المرتد.

والثاني ـ وهو اختيار أبي حامد وطبقته ـ: القطع بمنع بيعه؛ إذ لا منفعة فيه؛ لاستحقاق قتله بخلاف المرتد، فإنه ربما يسلم[٢].

والثالث ـ وبه قال القاضي أبو الطيب ـ: أنه كبيع الجاني.

إذا عرفت ذلك، فإن صححنا البيع في هذه الصور فقَتَلَ العبد المرتد أو المحارب أو الجاني جنايةً توجب القصاص؛ نظِر: إن كان ذلك قبل القبض: انفسخ البيع. وإن كان بعده وكان المشتري جاهلاً بحاله؛ ففيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال أحمد[٣] وابن سريج وابن أبي هريرة والقاضي أبو الطيب ـ: أنه من ضمان المشتري؛ لأن القبض سلطه على التصرف، فيدخل المبيع في ضمانه أيضاً. لكن تعلق القتل برقبته كعيبٍ من العيوب، فإذا هلك رجع على البائع بالأرش، وهو: نسبة ما بين قيمته مستحقَّ القتل وغير مستحِق القتل من الثمن.

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٤] وابن الحداد وأبو إسحاق[٥] ـ: أنه من ضمان البائع؛ لأن التلف حصل بسبب كان في يده، فأشبه ما لو باع عبداً مغصوباً فأخذه المستحق منه، فعلى هذا يرجع المشتري عليه بجميع الثمن.

---

(١) سقط من (ط الفكر).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٦٦).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢١٩، ٢٢٨).

(٤) «فتح القدير» (٦/ ٣٩٢).

(٥) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٦).

ويخرج على الوجهين: مؤونة تجهيزه من الكفن والدفن وغيرهما؛ ففي[1] الأول: هي[2] على المشتري، وفي الثاني: على البائع.

وإن كان المشتري عالماً بالحال عند الشراء أو تبين له بعد الشراء ولم[3] يرد؛ فعلى الوجه الأول: لا يرجع بشيء، كما في سائر العيوب، وعلى الثاني: فيه وجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن أبي إسحاق[4]، وهو اختيار أبي حامد ـ: أنه يرجع بجميع الثمن؛ إتماماً للتشبيه بالاستحقاق[5].

وأصحهما ـ عند الجمهور، وهو قول ابن الحداد ـ: أنه لا يرجع بشيء؛ لدخوله في العقد على بصيرة، أو إمساكه مع العلم بحاله[6]، وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجهٍ، ولو كان كذلك لما صح بيعه أصلاً.

الثانية: بيع العبد الذي وجب عليه القطع قصاصاً أو بسرقة صحيحٌ بلا خلاف، فلو قُطِع في يد المشتري: عاد التفصيل المذكور في الصورة السابقة، فإن كان جاهلاً بحاله حتى قطِع؟

---

(١) في (ظ): (فعلى).

(٢) في (ظ): (هو).

(٣) في (ز): (أو لم).

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٦).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٦٦).

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٤٦٧): «قلت: قال صاحب «التلخيص»: كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة إلا في مسألة، وهو العبد المرتد: يجوز بيعه، ولا قيمة على متلفه. قال القفال: هذا صحيح، لا قيمة على متلفه، لأنه مستحق الإتلاف.

قال: وكذا العبد إذا قتل في قطع الطريق فقتله رجل فلا قيمة عليه، لأنه مستحق القتل. قال: فهذا يجوز بيعه، ولا قيمة على متلفه. فهذه صورته ثانية. والله أعلم».

فعلى قول ابن سريج ومن ساعده: ليس له الرد؛ لكون القطع من ضمانه، ولكن يرجع على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمته مستحقَّ القطع وغير مستحقه من الثمن.

وعلى الأصح: له الرد واسترجاع جميع الثمن، كما لو قطع في يد البائع.

فلو تعَذَّرَ الردُّ بسببٍ؛ فالنظرُ في الأرش على هذا الوجه إلى التفاوت بين العبد السليم والأقطع.

وإن كان المشتري عالماً؛ فليس له الرد ولا الأرش، قال الشيخ أبو علي: ولا يجيء هاهنا الوجه المحكي عن أبي إسحاق في القتل؛ لأنه لا يبقى ثَم شيء ينصرف العقد إليه، وهاهنا بخلافه. والله أعلم.

الثالثة: لو اشترى جارية مزوجة، ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض؛ فإن كانت ثيباً: فله الرد، وإن كانت بكراً فنقصت قيمتها بالافتراع[1]؛ فهو من ضمان البائع أو المشتري؟ فيه الوجهان:

إن جعلناه من ضمان البائع: فللمشتري الرد بكونها مزوجة، فإن تعذر الرد بسببٍ؛ رجع بالأرش؛ وهو ما بين قيمتها بكراً غير مزوجة ومزوجة مفترعة من الثمن.

وإن جعلناه من ضمان المشتري: فلا رد له وله الأرش؛ وهو ما بين قيمتها بكراً غير مزوجة وبكراً مزوجة من الثمن.

وإن كان عالماً بكونها مزوجة أو علم ورضي: فلا رد له، فإن وجد بها عيباً قديماً بعد ما افتُرِعَتْ في يده: فله الرد إن جعلناه من ضمان البائع، وإلا رجع بالأرش؛ وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيباً سليمة ومثلها معيبة.

---

(١) الافتراع: هو الافتضاض وإزالة البكارة. «المصباح المنير»، مادة: فرع.

الرابعة: اشترى عبداً مريضاً وتمادى المرض إلى أن مات في يد المشتري؛ فعن الشيخ أبي محمد: فيه طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف المذكور في الصور السابقة، ويحكى هذا عن الحليمي.

وأشهرهما: القطع بأنه من ضمان المشتري؛ لأن المرض يزداد شيئاً فشيئاً إلى الموت، والرد[1] خصلة واحدة وجدت في يد البائع، فعلى هذا إذا كان جاهلًا: رجع بالأرش؛ وهو ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً.

وتوسط صاحب «التهذيب»[2] بين الطريقين، فقطع فيما إذا لم يكن المرض مخوفاً بكونه من ضمان المشتري، وجعل المرض المخوف والجرح الساري على الوجهين.

واعلم أن هذه الصورة والخلاف فيها، قد ذكرها في أحكام بيع الثمار، وإن لم تكن مذكورة في هذا الموضع.

وإذا وقفت على هذا الشرح، عرفت أن الخلاف في قوله في الكتاب: (فيه خلاف)، ليس منصوصاً[3] في أنه هل يثبت خيار الرد في جميع الصور المذكورة؛ لأن في صورة قتل المرتد، إن جعلناه من ضمان المشتري: فلا رد لملاك المبيع، وإن جعلناه من ضمان البائع: فينفسخ البيع ويتبين تلفه على ملك البائع. وحينئذ لا معنى لخيار الرد.

فإذاً: الخلاف في هذه الصورة في أنه من ضمان من؟ على ما تقرر في الصورتين الباقيتين، يصح نصبه في خيار الرد، بناءً على هذا الأصل. والله أعلم.

---

(١) في (ز): (والردة).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٦٥).

(٣) في (ظ): (منصوباً).

قال(١) حجة الإسلام رحمه الله:

(وأما التَّغريرُ الفِعليّ؛ فهو أن يصرّيَ ضَرعَ الشّاةِ حتى يجتمعَ اللَّبنُ ويخيَّلُ غزارةُ اللَّبن، فمهما اطَّلعَ عليه ولو بعدَ ثلاثةِ أيامٍ (و) ردَّها (ح) وردَّ معها صاعاً من تمرٍ بدلاً عن اللَّبنِ الكائنِ في الضَّرعِ الذي تَعذَّرَ ردُّ عينِه لاختلاطِه بغَيرِ المبيع؛ لِوُرودِ الخبر. ولو تحفَّلتِ الشّاةُ بنفسِها، أو صرَّى الأتانَ أو الجارية، أو لطَّخَ الثَّوبَ بالمداد مُخيِّلاً أنه كاتب؛ فلا خِيارَ له (ح و)؛ لأنها ليسَت في معنى الـمَنصوص(٢)، وأحوطُ المذهبَين: أن غيَرَ التَّمرِ لا يَقومُ مقامَ التمر، وأن قدرَ الصّاعِ لا ينقُصُ (و) بقلّةِ اللَّبنِ ولا يزيدُ بكثرتِه؛ للاتّباع).

السبب الثالث من أسباب الظن: الفعل المغرر.

والأصل في صورة التصرية: هو أن يربط أخلاف(٣) الناقة أو غيرها ويترك حلابها يومين أو أكثر حتى يجتمع اللبن في ضرعها، فيتخيل المشتري غزارة لبنها ويزيد(٤) في الثمن، واشتقاقها من قولهم: صرَّ الماءَ في الحوض، ونحوَه، أي: جمعه. وتسمى المصرّاة محفَّلةً أيضاً، وهو من الحفل، وهو الجمع أيضاً. ومنه قيل للجمع: محفل.

---

(١) في (ز): (قال حجة الإسلام رحمه الله).

(٢) في الأصل: (النصوص).

(٣) أخلاف: جمع خِلْفٍ، وهو من ذوات الـخُفِّ كالثدي للإنسان، وقيل: طرف الضرع. «المصباح المنير»، مادة: خلف.

(٤) في (ظ): (فيزاد).

وهذا الفعل حرام؛ لما فيه من التدليس، ويثبت به الخيار للمشتري. وبه قال مالك[١] وأحمد[٢] خلافاً لأبي حنيفة[٣]، رضي الله عنهم.

لنا: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه ﷺ قال: «لا تصروا في الإبل والغنم للبيع، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين من بعد أن يحلبها: إن رضيها أمسكها، وإن سخِطها ردها وصاعاً من تمر»[٤].

وروي: «بعد أن يحلبها ثلاثاً»[٥]. وقوله: «بعد ذلك»: أي بعد هذا النهي.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أيضاً: أن النبي ﷺ قال: «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها صاعاً من تمر لا سمراء»[٦].

---

(١) «الإشراف» (١/ ٢٦٧)، و«بداية المجتهد» (٢/ ١٧٥).

(٢) قال أحمد: إن الخيار الذي يثبت للمشتري في الرد هو خيار التغرير لا العيب، ولا يقول الحنابلة بالرجوع بأرش العيب في هذه المسألة.
انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢١٣-٢١٤)، و«المغني» (٤/ ١٥٠).

(٣) وليس خلاف في تحريم التصرية والتدليس والخداع والغش، وإنما خالف أبو حنيفة ومحمد بن الحسن في الخيار، وقالا: «لا يرد المشتري المبيع، ولكنه يرجع بنقصان الوصف المرغوب فيه، لا بنقصان العيب»، وروي عنهما: أنه لا يرجع بالنقصان. انظر: «فتح القدير» (٦/ ٤٠٠)، و«شرح معاني الآثار» (٤/ ١٩)، ورواية الرجوع بالنقصان هي رواية الطحاوي، وهو المذهب، والثانية رواية الدبوسي في كتاب «الأسرار».

(٤) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٢٢)، برقم (٢١٤٨)، في البيوع، باب النهي للبائع أن لا تحفّل الإبل والبقر والغنم وكلّ محفلة، ومسلم (٣/ ١١٥٥)، برقم (١١) (١٥١٥)، في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية، بهذا اللفظ إلا لفظ: «للبيع» ولفظ: «من»، وكلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) قال في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٦٧): «قلت: غريبة. وكأنها مركبة من المعنى. ويجب تقديرها: فهو بخير النظرين ثلاثاً بعد أن يحلبها»، ومثله في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣).

(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨)، برقم (٢٥) (١٥٢٤)، في البيوع، باب حكم بيع المصراة، بهذا اللفظ إلا لفظ: «طعام» بدل: «تمرٍ»، ولفظ: «التمر» ثبت أيضاً في سائر الألفاظ عنده.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «من باع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل ـ أو مثلي ـ لبنها قمحاً»[١].

إذا تقرر ذلك؛ ففي الفصل مسائل:

إحداها: كيف يثبت خيار التصرية؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حامد المَرْوَرُوذي[٢] ـ: أنه يمتد ثلاثة أيام؛ لظاهر الخبر.

والثاني ـ وهو الأصح، وبه قال ابن أبي هريرة ـ: أنه على الفور كخيار العيب. وما ذكره في الخبر بناء على الغالب؛ إذ[٣] التصرية لا تتبين فيها دون الثلاثة غالباً؛ لأنه يحمل النقصان على اختلاف العلف وتبدل الأيدي وغيرها.

وللوجهين فروع:

أحدها: لو عرف التصرية قبل ثلاثة أيام بإقرار البائع أو بشهادة الشهود؛ ثبت له الخيار على الفور في الوجه الثاني، وعلى الأول يمتد إلى آخر الثلاثة. وابتداؤها من وقت العقد أو من وقت التفرق؟ يعود فيه الوجهان المذكوران في خيار الشرط.

والثاني: لو عرف التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها: ذكر في «الحاوي» أن على

---

(١) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٨٧-٨٨)، برقم (٣٣٠٣)، في البيوع، باب من اشترى مصراة وكرهها، بلفظ: «من ابتاع» وسكت عليه، وضعف إسناده المنذري، وابن حجر في «الفتح» (٤/ ٤٢٦)، وقال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣): «جُمَيْع بن عمير، وهو مختلف فيه». وابن ماجَهْ (٢/ ٧٥٣)، برقم (٢٢٤٠)، في التجارات، باب بيع المصراة، بلفظ: «يا أيها الناس من باع محفلة» وفي إسناده جُمَيْع أيضاً، وكلاهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) في (ط الفكر): (المروزي). قلت: هو القاضي أبو حامد المروَرّوذي.

(٣) في (ظ): (إن).

الوجه الأول: لا خيار له؛ لامتناع مجاوزة الثلاث، كما في خيار الشرط، وعلى الثاني: يثبت. وعلى هذا فهو على الفور بلا خلاف[١].

والثالث: لو اشترى وهو عالم بكونها مصراةً؛ فعلى الأول: له الخيار؛ أخذاً بظاهر الخبر، وعلى الثاني: لا خيار، كسائر العيوب.

الثانية[٢]: ظهور التصرية: إن كان قبل الحلب: ردها ولا شيء عليه، وإن كان بعده؛ فاللبن إما أن يكون باقياً أو تالفاً:

إن كان باقياً: فلا يكلف المشتري برده مع المصراة؛ لأن ما حدث بعد البيع ملكٌ له، وقد اختلط بالمبيع وتعذر التمييز، وإذا أمسكه كان بمثابة ما لو تلف. وإن أراد رده فهل يجب على البائع أخذه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه أقرب إلى استحقاقه من بدله.

وأصحهما: لا؛ لذهاب طراوته بمضي الزمان. ولا خلاف في أنه لو حمض وتغير لم يكلف بأخذه.

وإن كان اللبن تالفاً: رَدَّ مع المصراة صاعاً من تمر، ولا يخَرَّج ردها على الخلاف في تفريق الصفقة، لتلف بعض المبيع؛ وهو اللبن؛ اتباعاً للأخبار الواردة في الباب، على أن اللبن في رأي: لا يقابله قسط من الثمن.

وهل يتعين للضم إليها جنس التمر وقدر الصاع؟

أما الجنس؛ ففيه وجهان:

أصحهما ـ عند الشيخ أبي محمد وغيره ـ: أنه يتعين التمر، ولا يعدل عنه؛

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٤٠-٢٤١).

(٢) أي: المسألة الثانية.

لقوله ﷺ: «صاعاً من تمر لا سمراء»، ويحكى هذا عن أبي إسحاق[١]، وعلى هذا[٢] لو أَعْوَزَ[٣] التمرُ؟ قال الماوردي: يرد قيمته بالمدينة[٤].

والثاني: لا يتعين، وعلى هذا فوجهان:

أصحهما: أن القائم[٥] مقامه الأقوات كما في صدقة الفطر، قال الإمام: لكن لا يتعدى هاهنا إلى الأحَطِّ[٦] بخلاف ما في صدقة الفطر[٧]؛ للخبر، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يخير[٨] بين الأقوات؛ لأن في بعض الروايات ذكر التمر، وفي بعضها ذكر القمح، فأشعر بالتخيير، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة.

وأصحهما: أن الاعتبار بغالب قوت البلد، كما في صدقة الفطر، ويحكى هذا عن مالك[٩] والإصطخري و«تخريج» ابن سريج[١٠].

والوجه الثاني: حكاه الشيخ أبو محمد أنه يقوم مقامه غير الأقوات، حتى لو عدل إلى مثل اللبن أو إلى قيمته عند إعواز المثل، أجبر البائع على القبول؛ اعتباراً بسائر المتلفات، وهذا كله فيما إذا لم يرض البائع. فأما إذا تراضيا على غير التمر من

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٤٧).

(٢) في (ز): (هذا ما).

(٣) أَعْوَزَني المطلوبُ: أَعْجَزَني وزناً ومعنى. «المصباح المنير»، مادة: عوز. ومعناه: أنه لم يوجد التمر.

(٤) «الحاوي» للماوردي (٥/ ٢٤١).

(٥) في (ظ): (أصحهما أنه يقوم).

(٦) وفي «الروضة» (٣/ ٤٦٩): (الأقط). قلت: يعني بالأحط: الأقلَّ.

(٧) من قوله: (قال الإمام) إلى هنا سقط من (ز).

(٨) في (ز): (يتخير).

(٩) «الشرح الكبير» (٣/ ١١٦).

(١٠) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢١٣).

قوت أو غيره أو على رد اللبن المحلوب عند بقائه؛ جاز بلا خلاف. كذا قاله صاحب «التهذيب»[١] وغيره، ورأيت القاضي ابن كج حكى وجهين في جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه. وأما القدر: ففيه وجهان أيضاً:

أصحهما: أن الواجب أيضاً[٢] صاعٌ قلَّ اللبن أو كثر؛ لظاهر الخبر. والمعنى فيه: أن اللبن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده، ويتعذر التمييز[٣] فتولى الشارع تعيين بدلٍ له؛ قطعاً للخصومة بينهما، وهذا كإيجاب الغُرَّة[٤] في الجنين مع اختلاف الأجِنة ذكورة وأنوثة، والأرش في المُوضِحة[٥] مع اختلافها صغراً وكبراً.

والثاني: أن الواجب يتقدر بقدر اللبن؛ لما سبق من رواية ابن عمر رضي الله عنهما. وعلى هذا، فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص.

ثم منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة، وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت عن النصف، ومنهم من أطلقه إطلاقاً.

ومتى قلنا بالوجه الثاني فقد قال الإمام: تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عُشْر الشاة ـ مثلاً ـ أَوْجَبْنَا من الصاع عشر قيمة الشاة[٦].

فرع: اشترى شاة بصاع تمر، فوجدها مصراة، فعلى الأصح: يردها وصاعاً

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٢٨).
(٢) سقط من (ط الفكر) و(ز).
(٣) أي: تمييز القيمتين.
(٤) الغرة: عبدٌ أو أمة.
(٥) أَوْضَحَتِ الشَجَّةُ بالرأس: كشفت العظمَ، فهي موضِحَةٌ. «المصباح المنير»، مادة: وضح.
(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢١٤-٢١٥).

ويسترد الصاع، الذي هو ثمن. وعلى الثاني: يقوَّم مصراةً وغير مصراة، ويجب بقدر التفاوت من الصاع.

فرع آخر: غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب؛ قال في «التهذيب»(١): يرد بدل اللبن كما في المصراة، وفي «تعليق» أبي حامد حكاية عن نصه: أنه لا يرد؛ لأنه قليل غير معتنًى بجمعه بخلاف ما في المصراة. ورأى الإمام تخريج ذلك على أن اللبن هل يأخذ قسطاً من الثمن أم لا؟ والصحيح الأخذ(٢).

الثالثة: لو لم يقصد البائع التصرية لكن ترك الحِلاب ناسياً، أو لشغل عرض، أو تحفلت هي بنفسها، فهل يثبت الخيار؟ وجهان:

أحدهما: لا، وبه أجاب في الكتاب؛ لعدم التلبيس.

والثاني: نعم، لأن ضرر المشتري لا يختلف؛ فصار كما لو وجد بالمبيع عيباً لم يعلمه البائع(٣)، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»(٤).

الرابعة: خيار التصرية لا يختص بالنعم، بل يعم سائر الحيوانات المأكولة، وفي «الحاوي» ذكر وجه: أنه يختص به(٥).

ولو اشترى أتاناً فوجدها مصراة؛ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يرد(٦)؛ إذْ لا مبالاة بلبنها.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٣٠).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢١٧).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٢٢).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٢٩-٤٣٠).

(٥) سقط من (ط الفكر) و(ز)، ومعنى «به»: بالنعم.
«الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٤٢).

(٦) في (ز): (لا رد).

وأصحهما: أنه يثبت الرد؛ لأنه مقصود لتربية الجَحْش[١]. وعلى هذا، فالمذهب: أنه لا يرد اللبن[٢]؛ لأنه نجس. وقال الإصطخري[٣]: يرد؛ لذهابه إلى أنه طاهر مشروب.

ولو اشترى جارية فوجدها مصراة؛ فوجهان أيضاً:

في **أحدهما**: لا يرد؛ لأنه لا يقصد[٤] لبنها إلاَّ على ندورٍ.

وفي **أصحهما**: يرد؛ لأن غزارة أَلْبان الجواري مطلوبة في[٥] الحضانة مؤثرة في القيمة.

فعلى الأول: يأخذ الأرش، قاله في «التهذيب»[٦].

وعلى الثاني؛ هل يرد معها بدل اللبن؟ وجهان، أظهرهما: لا؛ لأن لبن الآدميات لا يعتاض عنه غالباً.

الخامسة: هذا الخيار غير منوط بخصوص التصرية، بل بما فيها من المعنى المشعر بالتلبيس، فيلحق بها ما يشاركها فيه، حتى لو حبس ماء القناة أو الرحى ثم أرسله عند البيع أو الإجارة، فتخيل المشتري كثرته ثم تبين له الحال؛ فله الخيار.

وكذا لو حمَّر وجه الجارية أو سود شعرها، أو جعّده، أو أرسل الزنبور في وجهها حتى ظنها المشتري سمينة، ثم بان خلاف المظنون.

---

(١) الجَحْشُ: ولد الأتان أنثى الحمار. «المصباح المنير»، مادة: جحش، وأتن.

(٢) في (ظ): (اللبن شيئاً).

(٣) قلت: يكون قول الإصطخري وجهاً ثالثاً.

(٤) في (ز): (لأنه يقصد).

(٥) في (ز): (وفي).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٢٩).

ولو لطخ ثوب العبد بالمداد، أو ألبسه ثوب الكتبة أو الخبازين وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فبان خلافه؛ فوجهان:

أحدهما: يثبت الخيار؛ للتلبيس.

وأصحهما: أنه لا خيار؛ لأن الإنسان قد يلبس ثوب الغير عاريةً، فالذنب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغرير.

ويجري الوجهان فيما لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها فتخيل المشتري كونها حاملاً، أو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ فظنها لبوناً؛ لأن الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير. ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي بخلاف صورة التصرية.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (ولو بعد ثلاثة أيام)، يجوز إعلامه بالواو؛ للوجه الذاهب إلى أنه لو تبين التصرية بعد الثلاثة لم يثبت الخيار. وقوله: (ردها)، بالحاء.

وقوله: (بدلاً عن اللبن الكائن في الضرع)، أي: عند البيع، وظاهر اللفظ يقتضي رد الصاع وإن بقي اللبن، وهو أصح الوجهين، كما مر.

وقوله: (لورود الخبر)، تعليل لقوله: (ردها ورد معها).

وقوله: (فلا خيار)، معلم بالواو، وهو في صورتي الأتان والجارية جواب على خلاف اختيار الأكثرين. وقوله: (وأحوط المذهبين)، أي: الوجهين.

وقوله: (للاتباع)، إشارة إلى ما ذكره الأئمة من أن مأخذ الخلاف في المسألتين ونحوهما الاقتصار على مورد الخبر واتباعه، أو رعاية المعنى.

فرع: لو بانت التصرية ثم دَرَّ اللبن على الحد الذي أشعرت به التصرية واستمر كذلك؛ ففي ثبوت الخيار وجهان، كالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله، والقولين فيما إذا أعتقت الأمة تحت العبد ولم تعرف عتقها حتى عتق الزوج.

فرع آخر: رضي بإمساك المصراة، ثم وجد بها عيباً قديماً؛ نص أنه يردها ويرد اللبن[١] أيضاً. وعن رواية الشيخ أبي علي وجه: أنه كما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما وأراد رد الآخر، فتخرج على تفريق الصفقة. والله أعلم.

قال:

(وثبوتُ الخيارِ بالكذبِ في مسألةِ تلقِّي الرُّكبانِ من بابِ التغرير، وكذلكَ خيارُ النَّجَشِ إذا كانَ عن مواطأةِ البائعِ؛ على أقيس المذهبين. ولا يثبتُ (م) بالغَبنِ خِيارٌ إذا لم يَستنِدِ إلى تغريرٍ يُساوي تَغريرَ المصرّاة، حتى لو اشترى جوهرةً رآها، فإذا هي زجاجة: فلا خِيار).

الخيار في تلقي الركبان قد ذكره في المناهي وشرحناه، والغرض هاهنا التنبيه على أن مستنده التغرير، كما في التصرية، وكذا خيار النجش إن أثبتناه، وقد تكلمنا فيه من قبل.

وأما مسألة الغبن: فاعلم أن مجرد الغبن لا يُثْبِتُ الخيار وإن تفاحش، خلافاً لمالك[٢] حيث قال: إن كان الغبن فوق الثلث؛ ثبت الخيار للمغبون. ونقل بعض أصحاب أحمد[٣] مثله، وقدر بعضهم بما فوق السدس.

وفي كتب أصحابنا عنه: أنه إن كان المغبون ممن لا يعرف المبيع، ولا هو ممن لو توقف لَعَرَفَه[٤]: ثبت الخيار.

---

(١) أي: بدله.

(٢) «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٤٠)، و«جواهر الإكليل» (٢/ ٤٩).

(٣) أثبت الحنابلة خيار الغبن فيما إذا غبنوا غبناً يخرج عن العادة، لأن الشرع لم يحدده، فرجع فيه إلى العرف، وحدّه بعضهم بالثلث، كمالك، وقيل بالربع، وقيل بالسدس، وقيل بمجرد الغبن.
انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢١١)، و«الروض المربع» مع «حاشيته» لعبد الرحمن بن محمد النجدي (٤/ ٤٣٣).

(٤) في (ظ): (هو ممّن يوقف لمعرفة).

لنا: قصة حبَّان بن منقذ رضي الله عنه؛ فإن النبي ﷺ لم يثبت له الخيار بالغبن، ولكن أرشده إلى شرط الخيار؛ ليتدارك غبنه عند الحاجة.

إذا تقرر ذلك: فلو اشترى زجاجة وهو يتوهمها جوهرة بثمن كبير؛ فلا خيار له، ولا عبرة بما لحقه من الغبن؛ لأن التقصير من جهته حيث جرى على الوهم المجرد، ولم يراجع أهل الخبرة.

ونقل المتولي وجهاً: أنه كشراء الغائب.

والرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة، ولك أن لا تستحسن لفظ الكتاب؛ حيث قال: (ولو اشترى جوهرة رآها)، وتقول: ليس التصوير فيما لو اشترى جوهرة، وإنما التصوير فيما لو اشترى زجاجة توهمها جوهرة. والله أعلم.

قال:

(هذه أسبابُ الخيار. أما دوافعُه ومُسقِطاتُه ـ أعني: في خِيارِ النَّقيصة ـ فهي أربعة[1]: الأول: شرطُ البراءةِ من العُيوب؛ على أقيس القولين[2]، ويَفسُدُ (ح) العقدُ به؛ على القول الثاني، ويصحُّ العقدُ ويلغو الشَّرطُ (ح)؛ في قول ثالثٍ، ويصحُّ في الحيوانِ ويفسُدُ في غيرِه؛ (ح) في قولٍ رابع).

إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالمبيع، هل يصح هذا الشرط؟ فيه طريقان[3]:

---

(١) في (ز): (أربع).

(٢) في (ز): (الأقوال).

(٣) والحق أن فيه أربع طرق عندهم.

أشهرهـا ـ وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإصطخري ـ: أنه على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يبرأ ولا يرد عليه بحال، وبه قال أبو حنيفة[1]؛ لقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[2]، وأيضاً: فإن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فإذا صرح بالبراءة؛ فقد ارتفع الإطلاق.

وثانيها: أنه لا يبرأ عن عيبٍ ما؛ لأنه خيار ثابت بالشرع؛ فلا ينفى بالشرط، كسائر مقتضيات العقد، وأيضاً: فإن البراءة من جملة المرافق، فلتكن معلومة، كالرهن والكيل، والعيوب المطلقة مجهولة، وبهذا القول قال أحمد[3] في رواية، وعنه رواية أخرى[4]: أنه يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٧٢، ٢٧٦)، و«المبسوط» (١٣/ ٩١-٩٣)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٤٣).

(٢) أخرجه البخاري مع «العمدة» (١٢/ ٩٤)، في الإجارة، باب أجر السمسرة، تعليقاً بصيغة الجزم بقوله: «قال النبي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم». وهو حكم من البخاري بصحته عن المضاف إليه، كما في «قواعد علوم الحديث» ص١٠١، قال الحافظ بدر الدين العيني: «وفي بعض نسخ البخاري: وقال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم»». وقيل: ظن ابن التين أن قوله: «وقال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم» بقية كلام ابن سيرين، فشرح على ذلك، فوهم. وقد اعترض عليه الشيخ قطب الدين الحلبي وغيره». وهو في «فتح الباري» (٤/ ٥٢٧) بلفظ: «المسلمون عند شروطهم»، ولم يشر إليها ابن حجر، بل قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٣): «وقع في جميع الروايات: المسلمون» وأخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٢١٣-٢١٤)، في القضاء، باب في الصلح، وسكت عليه، وقال المنذري: «في إسناده كثير بن زيد، قال ابن معين: ثقة. وقال مرةً: ليس بشيء. وقال مرةً: ليس بذاك القوي. وتكلم فيه غيره»، وحسّن إسناده ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٦٩)، والترمذي (٣/ ٦٣٤) برقم (١٣٥٢)، في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، وقال: «هذا حديث حسن صحيح»، والحاكم (٢/ ٤٩-٥٠)، في البيوع من حديث عائشة وأنس، وسكت عليها الحاكم والذهبي. وكلهم بلفظ: «المسلمون» وأخرجه غيرهم بطرق كثيرة.

(٣) «المبدع» (٤/ ٦٠)، و«كشاف القناع» (٣/ ١٩٦).

(٤) «المغني» (٤/ ١٩٧)، و«المبدع» (٤/ ٦١).

وثالثها ـ وهو الأصح، ويروى عن مالك[١] ـ: أنه لا يبرأ في غير الحيوان بحال، ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه؛ لما روي: أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً من زيد بن ثابت رضي الله عنه بثمانمئة درهم بشرط البراءة، فأصاب زيد به عيباً، فأراد رده على ابن عمر رضي الله عنهما، فلم يقبله، فترافعا إلى عثمان[٢] رضي الله عنه، فقال عثمان لابن عمر: أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب؟ فقال: لا. فرده عليه، فباعه ابن عمر رضي الله عنهما بألف درهم[٣].

فرّق عثمان وزيد رضي الله عنهما بين أن يكون العيب معلوماً أو لا يكون، والفرق بينهما من جهة المعنى: أن كتمان المعلوم يَلتبس.

والفرق بين الحيوان وغيره: ما ذكره الشافعي رضي الله عنه قال: «الحيوان يغتذي بالصحة والسقم، وتتحول[٤] طبائعه، وقَلَّ ما يبرأ من عيبٍ يخفى أو يظهر»، معناه: أنه يتغذى ويأكل في حالتَيْ صحته وسقمه، وتتحول[٥] طبيعته، وقل ما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر؛ فيحتاج البائع إلى هذا الشرط؛ فيه ليثق بلزوم البيع.

---

(١) «الإشراف» (١/ ٢٧٢)، و«المنتقى» (٤/ ١٧٩)، و«التاج والإكليل» (٤/ ٤٣٩).

(٢) من قوله: (بثمانمئة درهم) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦١٣)، في البيوع، باب العيب في الرقيق، بلفظ: إن عبد الله ابن عمر باع غلاماً له بثمانمئة درهم، وباعه بالبراءة. فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر: «بالغلام داء» لم يسمه. وقال عبد الله: «بعته بالبراءة». فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف، وارتجعَ العبدُ، فصحَّ عنده، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمئة درهم. والبيهقي (٥/ ٣٢٨)، في البيوع، باب بيع البراءة، وقال: «هذا أصح ما روي في هذا الباب». والمشتري في الحديث هو زيد بن ثابت رضي الله عنه، كما في «المبسوط» (١٣/ ٩٢)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢٤) نقلاً عن «الحاوي» للماوردي (٥/ ٢٧٣)، و«الشامل» لابن الصباغ بغير إسناد.

(٤) في (ز): (تحول).

(٥) في (ز): (تحول).

والطريق الثاني ـ وبه قال ابن خيران وأبو إسحاق ـ: القطع بالقول الثالث[١]. ونصه في «المختصر»، واختلاف العراقيين بهذا أشد إشعاراً.

وزاد القاضي الماوردي طريقة ثالثة حكاها عن ابن أبي هريرة؛ وهي: أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم، وفي غير المعلوم قولان[٢].

ويخرج من منقول الإمام طريقة رابعة؛ وهي: إثبات ثلاثة أقوالٍ في الحيوان وغيره، وثالثها: الفرق بين المعلوم وغير المعلوم[٣].

ولو قال: «بعتك بشرط ألا ترد بالعيب»؛ جرى فيه هذا الاختلاف، وزعم صاحب «التتمة» أنه فاسد قطعاً مفسد للبيع.

ولو عين بعض العيوب وشرط البراءة عنه نظر؛ إن كان مما لا يغابن مثل أن يقول «بشرط براءتي من الزنى[٤] والسرقة والإباق»؛ برئ منها بلا خلاف؛ لأن ذكرها إعلام واطلاع عليها. وإن كان مما يغابن كالبرص؛ فإن أراه قدرَه وموضعه؛ فكمثل[٥]. وإن لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً؛ لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه.

هكذا فصّلوه، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب.

فأما ما لا يعرفه، ويريد البراءة عنه لو كان؛ فقد حكى الإمام تفريعاً على فساد الشرط فيه خلافاً مخرجاً على ما ذكرنا من المعنيين في التعليل.

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٧).

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٧٢).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٨١-٢٨٢).

(٤) في (ز): (الربا).

(٥) أي: برئ قطعاً.

التفريع: إن بطل هذا الشرط؛ ففي العقد وجهان:

أحدهما: يبطل، كسائر الشروط الفاسدة.

وأظهرهما: أنه يصح؛ لاشتهار القصة المذكورة بين الصحابة رضي الله عنهم، وعدم إنكارهم. وأيضاً فإنه شرط يؤكد العقد، ويوافق ظاهر الحال؛ وهو السلامة عن العيوب. وإن صح فذلك في العيوب الموجودة عند العقد، أما الحادثة بعده وقبل القبض، فيجوز الرد بها[١].

ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة والتي تحدث[٢]؛ ففيه وجهان. أصحهما ـ ولم يذكر الأكثرون غيره ـ: أنه فاسد، فإن أفرد ما سيحدث بالشرط؛ فهو بالفساد أولى.

وإن فرعنا على القول الثاني[٣]؛ فكما لا يبرأ مما علمه وكتمه، كذلك لا يبرأ من العيوب الظاهرة[٤]؛ لسهولة البحث عنها والوقوف عليها. وإنما يبرأ من عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها، ومنهم من اعتبر نفس العلم ولم يفرق بين الظاهر والباطن[٥].

وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان؟ قيل: نعم؛ لعسر الوقوف. وقال الأكثرون: لا؛ لتبدل أحوال الحيوان. هذا فقه الفصل.

وأما لفظ الكتاب: فاعلم أنه لما عدَّ أنواع خيار النقيصة أراد أن يبين ما يسقطه فقال: (هذه أسباب الخيار، أما دوافعه ومسقطاته)، وإنما جمع بين هاتين اللفظتين؛

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٨٥).

(٢) أي: ستحدث.

(٣) في (ز): (الثالث).

(٤) أي: من الحيوان.

(٥) من قوله: (التي لا يعلمها) إلى هنا سقط من (ظ).

لأن منها ما يدفع، كشرط البراءة، ومنها ما يسقط بعد الثبوت، كالتقصير. وإنما قال: (أعني في خيار النقيصة)؛ لأن هذه الأمور لا تعلق لها بخيار التروّي، على أن جميعَها لا يشمل أنواع خيار النقيصة. أيضاً فإن شرط البراءة لا مدخل له في خيار الخُلْف وخيار التصرية، ثم لا يخفى أن إيراد الكتاب إنما يتمشى على طريقة إثبات الأقوال، وإنه أدرج فيه الخلاف في أن فساد الشرط هل يتعدى إلى فساد العقد؟

وقوله: (ويصح في الحيوان ويفسد في غيره)، إنما يخرج على الطريقة التي نقلها الإمام، ومواضع العلامات[1] سهلة المدرك على العارف بما قدمناه. والله أعلم.

* * *

(١) قلت: أنا لم أُعْلِمْ ما لم يُعْلَمْ في نسخة «الوجيز» و«العزيز» في منهجي.

قال:

(الثاني: هلاكُ المعقودِ عليه، فلو اطَّلعَ على عيبِ العبدِ بعدَ موتِه: فلا ردّ؛ إذ لا مَردود. فلو كانَ العبدَ قائماً والثَّوبُ الذي هو عِوَضَه تالفاً: ردَّ العَبدَ بالعَيب، ورجعَ إلى قيمةِ الثَّوب، والعتقُ والاستيلادُ كالهلاك[١]، وهل يجوزُ أخذُ الأرشِ بالتَّراضي؟ فيه وجهان[٢]، وإذا عَجزَ عن الرَّدّ؛ فله الأرش؛ وهو الرُّجوعِ إلى جزءٍ من الثَّمن يُعرَفُ قدرُه بمعرفةِ نسبةِ قَدرِ نُقصانِ العَيب من قيمةِ المبيع، فيرجعُ إلى[٣] الثَّمنِ بمثلِ نسبتِه، وزوالُ الملكِ عن المبيع[٤] يَمنعُه من الرَّدِّ في الحال، ولا يمنعَ طلبَ الأرشِ في الحال؛ لتوقُّعِ عَودِ الـمُلك؛ على الأصحّ. ولو عادَ الملكُ إليه ثم اطَّلعَ على عيب، فله الرد؛ على الأصحّ، فالزائلُ العائدُ كالذي لم يَزُل).

من موانع الرد: أن لا يتمكن المشتري من رد المبيع، وذلك قد يكون لهلاكه، وقد يكون مع بقائه. وعلى التقدير الثاني فربما كان لخروجه عن قبول النقل من شخص إلى شخص، وإنما كان مع قبوله للنقل، وعلى الثاني فربما كان لزوال ملكه، وربما كان مع بقائه لتعلق حق مانع.

وكلام الكتاب يتعرض لأكثر هذه الأحوال، فنشرح ما تعرض له، ونضم الباقي إليه مختصرين، وبالله التوفيق:

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (كالإهلاك).

(٢) من قوله: (وهل يجوز) إلى هنا سقط من (ظ) و(ز).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (من).

(٤) في (ظ): (المعيب).

الحالة الأولى والثانية: إذا هلك المبيعُ في يد المشتري؛ بأن مات العبد أوْ قتِل أو تلف الثوب أو أكِل الطعام أو خرج عن أن يَقْبَلَ النقل من شخص إلى شخص، كما إذا أعتق العبد أو ولد الجارية[١] أو وقف الضيعة، ثم عرف كونه معيباً؛ فقد تعذر الرد؛ لفوات المردود، ولكن يرجع على البائع بالأرش. وبه قال أحمد[٢]. وقال أبو حنيفة[٣]: لا أرش له إذا[٤] هلك بنفسه بالقتل ونحوه.

لنا: القياس على العتق والموت، بجامع أنه عيبٌ اطلع عليه بعد اليأس عن الرد. والأرش جزء من الثمن، نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة. وإنما كان الرجوع بجزءٍ من الثمن؛ لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع كان مضموناً عليه بالثمن، فإذا احتُبِسَ جزءٌ منه كان مضموناً بجزء من الثمن.

مثاله: إذا كانت القيمة مئة دون العيب، وتسعين مع العيب، فالتفاوت بالعشر؛ فيكون الرجوع بعُشْر الثمن، وإن كان مئتين فبعشرين، وإن كان خمسين فبخمسة.

والاعتبار بأيّة قيمة؟[٥]: نقل عن «نصه» في موضع: أن الاعتبار بقيمة يوم البيع.

وعن رواية ابن مقلاص: أن الاعتبار بقيمة يوم القبض، فمنهم من جعلها قولين وأضاف إليهما ثالثاً، وهو أصحها؛ وهو: أن الاعتبار بأقل القيمتين منهما[٦].

وجه الأول: أن الثمن يومئذ قابل المبيع.

---

(١) في (ظ): (استولد).

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ٢٢٢).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٠، ٥١). قلت: وقال صاحباه بالأرش.

(٤) في (ظ): (إلا إذا) وهو خطأ.

(٥) أي: ما القيمة المعتبرة؟

(٦) أي: من يوم البيع ويوم القبض.

ووجه الثاني: أنه يوم دخول المبيع في ضمانه.

ووجه الثالث: أن القيمة إن كانت يوم البيع أقل؛ فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل؛ فما نقص من ضمان البائع.

والأكثرون قطعوا باعتبار أقل القيمتين، وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل.

وإذا ثبت الأرش، فإن كان الثمن بعد في ذمة المشتري، فيبرأ[1] عن قدر الأرش بمجرد الاطلاع على العيب، أو يتوقف على الطلب؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني. وإن كان قد وفَّاه وهو باق في يد البائع، فيتعين لحق المشتري، أو يجوز للبائع إبداله؛ لأنه غرامة لحقته؟ فيه وجهان، أظهرهما: الأول. ولو كان المبيع باقياً والثمن تالفاً؛ جاز الرد، ويأخذ مثله إن كان مثليّاً، وقيمته إن كان متقوماً، أقل ما كانت من يوم البيع إلى يوم القبض، لأنها إن كانت يوم العقد أقلَّ؛ فالزيادة حدثت في ملك البائع، وإن كانت يوم القبض أقل؛ فالنقصان من ضمان المشتري. ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش.

ويجوز الاستبدال عنه كما في القرض[2]، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه كالتلف. ولو خرج وعاد، فهل يتعين لأخذ المشتري أو للبائع إبداله؟ فيه وجهان، أصحهما: أولهما. وإن كان الثمن باقياً بحاله، فإن كان معيناً في العقد: أخذه، وإن كان في الذمة وبعده؛ ففي تعيينه لأخذ المشتري وجهان. وإن كان ناقصاً: نظِر: إن تلف بعضه: أخذ الباقي وبدل التالف، وإن رجع النقصان إلى الصفة، كالشلل ونحوه: لم يغرم الأرش في أصح الوجهين، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجاناً.

---

(١) أي: فهل يبرأ؟

(٢) في (ظ): (القبض).

فرع: لو لم تنقص القيمة بالعيب، كما لو خرج العبد خصيّاً: فلا أرش كما لا رَدَّ.

فرع آخر: اشترى عبداً بشرط العتق ثم وجد به عيباً بعد ما أعتقه؛ نقل القاضي ابن كج عن أبي الحسين[1]: أنه لا أرش له هاهنا؛ لأنه وإن لم يكن معيباً لم يمسكه، ونقل عنه وجهين فيما إذا اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيباً. قال: وعندي له الأرش في الصورتين.

الحالة الثالثة: إذا زال ملكه عن المبيع ثم عرِف العيبُ: فلا رد في الحال. وهل يرجع بالأرش إن زال الملك بعوض كالهبة، بشرط الثواب والبيع؟ فقولان:

أحدهما: نعم؛ لتعذر الرد، كما لو مات العبد وأعتقه، وهذا مخرَّج خرجه ابن سريج. وفي رواية «البويطي» ما يقتضيه.

وعلى هذا: لو أخذ الأرش ثم رد عليه مشتريه بالعيب، فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المنصوص ـ: أنه لا يرجع بالأرش. ولِمَ لا يرجع؟ قال أبو إسحاق[2] وابن الحداد: لأنه استدرك الظلامةَ وروّج المعيب كما روّج عليه. وقال ابن أبي هريرة: لأنه لم ييأس من الرد فربما يعود إليه ويتمكن من رده. وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد[3] والقاضي أبي الطيب. ورأيته منصوصاً عليه في «اختلاف العراقيين». وإن زال الملك بغير عوض على تخريج ابن سريج: يرجع بالأرش، وعلى

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (أبي الحسين العبادي)، والمعروف أن أبا الحسن العبادي توفي سنة (٤٩٥هـ)، ونقل ابن كج المتوفى سنة (٤٠٥هـ) عنه لا يصحّ، والصحيح أن الذي ينقل عنه ابن كج هو أبو الحسين ابن القطان المتوفى سنة (٣٥٩هـ). والله أعلم. وسقوط العبادي من نسخة (ظ) يدل عليه.

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٣).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٤/ ٨٦-٨٧).

المنصوص؛ فيه وجهان مبنيان على المعنيين، إن عللنا بالأول: يرجع؛ لأنه لم يستدرك الظلامة، وإن عللنا بالثاني: فلا؛ لأنه ربما يعود إليه. ومنهم من حكى القطع بعدم الرجوع هاهنا، وأيد به المعنى الثاني.

ولو عاد الملك إليه بعد ما زال نظِر: أَزالَ بعوض أو لا بعوضٍ؟

القسم الأول: أن يزول بعوضٍ، كما لو باع: فينظَر: هل عاد بطريق الرد بالعيب أو غيره.

القسم الأول: أن يعود بطريق الرد بالعيب؛ فله أيضاً ردُّه على بائعه؛ لأنه زال التعذر الذي كان، وتبين أنه لم يستدرك الظلامة، وليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول؛ لأنه ما تَلَقَّى الملك منه.

ولو حدث به عيب في يد المشتري الثاني ثم ظهر عيب قديم؛ فعلى تخريج ابن سريج: للمشتري الأول أخذ الأرش من بائعه، كما لو لم يحدث عيبٌ، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثاني.

وعلى الأصح: ينظر: إن قبله المشتري الأول مع العيب الحادث: خيّر بائعه؛ فإن قبله فذاك، وإلا أخذ الأرش منه.

وعن أبي الحسين: أنه لا يأخذه، واستردادُه رضاً بالمعيب.

وإن لم يقبله وغرم الأرش للثاني؛ ففي رجوعه بالأرش على بائعه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، وبه قال ابن الحداد؛ لأنه ربما قبله بائعه لو قبله هو، فكان متبرعاً بغرامة الأرش.

وأظهرهما: أنه يرجع؛ لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر.

قال الشيخ أبو علي: يمكن بناء هذين الوجهين على ما سبق من المعنيين؛ إن عللنا بالأول؛ فإذا غرم الأرش: زال استدراك الظلامة فيرجع. وإن عللنا بالثاني؛ فلا يرجع؛ لأنه ربما يرتفع العيبُ الحادث فيعود إليه. قال: وعلى الوجهين جميعاً لا يرجع ما لم يغرم للثاني؛ فإنه ربما لا يطالبه الثاني بشيء فيبقى مستدركاً للظلامة.

ولو كانت المسألة بحالها وتلف المبيع في يد المشتري الثاني، أو كان عبداً فأعتقه ثم ظهر العيب القديم: رجع الثاني بالأرش على الأول، والأول بالأرش على بائعه بلا خلافٍ؛ لحصول اليأس عن الرد، لكن هل يرجع على بائعه قبل أن يغرم المشتري[1]؟ فيه وجهان مبنيان على المعنيين: إن عللنا باستدراك الظلامة: فلا يرجع ما لم يغرم، وإن عللنا بالثاني: يرجع. ويجري الوجهان فيما لو أبرأه الثاني: هل يرجع هو على بائعه؟

القسم الثاني من الأول: أن يعود إليه لا بطريق الرد، كما إذا عاد بإرثٍ أو اتهاب أو قبول وصية أو إقالة، فهل له رده على بائعه؟ فيه وجهان ذَوَا مأخذين:

أحدهما: البناء على المعنيين السابقين: إن عللنا بالأول: لم يرد، وبه قال ابن الحداد؛ لأن استدراك الظلامة قد حصل بالبيع ولم يبطل ذلك الاستدراك بخلاف ما لو رد عليه بالعيب. وإن عللنا بالثاني: يرد؛ لزوال العذر[2] وحصول القدرة على الرد، كما لو رد عليه بالعيب.

والثاني: أن الملك العائد هل ينزّل منزلة غير الزائل؟ ففي جوابٍ: نعم؛ لأنه عين ذلك المال وعلى تلك الصفة. وفي جواب: لا؛ لأنه ملك جديد، والرد نقض لذلك الملك[3].

---

(١) في (ظ): (لمشتريه).

(٢) في (ظ): (التعذر).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (جديد، والملك نقص لذلك).

وهذا أصل يخرج عليه مسائل:

منها: لو أفلس بالثمن وقد زال ملكه عن المبيع وعاد؛ هل للبائع الفسخ؟

ومنها: لو زال ملك المرأة عن الصداق وعاد ثم طلقها قبل المسيس؛ هل يرجع في نصفه أو يبطل حقه من العين كما لو لم يعد؟

ومنها: لو وهب من ولده وزال ملك الولد وعاد؛ هل للأب الرجوع؟ ولو عاد إليه بطريق الشراء، ثم ظهرَ عيب قديم كان في يد البائع الأول؟ فإن عللنا بالمعنى الأول: لم يرد على البائع الأول؛ لحصول الاستدراك، ويرد على الثاني. وإن عللنا بالثاني: فإن شاء رد على الثاني: وإن شاء رد على الأول. وإذا رد على الثاني؛ فله أن يرده عليه، وحينئذ يرد هو على الأول.

ويجيء وجه: أنه لا يرد على الأول بناءً على أن الزائل العائد كالذي لم يَعُدْ.

ووجهٌ: أنه لا يرد على الثاني؛ لأنه لو رد عليه لرد هو ثانياً عليه. وسنذكر نظيره.

القسم الثاني: أن يزول بلا عوض، فينظر: إن عاد لا بعوض أيضاً؛ فجواز الرد مبنيٌّ على أنه هل يأخذ الأرش لو لم يعد؟

إن قلنا: لا؛ فَلَهُ الردُ؛ لأن ذلك لتوقع العود.

وإن قلنا: يأخذ؛ فينحصر الحق فيه أو يعود إلى الرد عند القدرة؟ فيه وجهان.

وإن عاد بعوض، كما لو اشتراه؛ فإن قلنا: لا رد في الحالة الأولى؛ فكذلك هاهنا، ويرد على البائع الأخير، وإن قلنا: يرد؛ فهاهنا يرد الأول أو على الأخير أو يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق.

فرع: باع زيدٌ شيئاً من عمرو ثم اشتراه منه فظهر به عيب كان في يد زيد؛ فإن كانا عالمين بالحال: فلا رد، وإن كان زيد عالماً: فلا رد له ولا لعمرو أيضاً؛ لزوال ملكه،

ولا أرش له على الصحيح؛ لاستدراك الظلامة أو لتوقع العود. فإن تلف في يد زيد: أخذ الأرش على التعليل الثاني، وهكذا الحكم لو باعه من غيره، وإن كان عمرو عالماً: فلا رد له، ولزيد الرد.

وإن كانا جاهلين: فلزيد الرد إن اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه، ثم لعمرو أن يرد عليه، وإن اشتراه بمثله: فلا رد لزيدٍ في أحد الوجهين؛ لأن عمراً يرده عليه، فلا فائدة فيه، وله ذلك في أصحهما؛ لأنه ربما يرضى به عمرو فلا يرد. ولو تلف في يد زيد ثم عرف به عيباً قديماً فحيث يرد لو بقي، يرجع بالأرش، وحيث لا يرد لا يرجع.

الحالة الرابعة: إذا تعلق به حق، كما لو رهنه ثم عرف العيب: فلا رد في الحال. وهل يأخذ الأرش؟ إن عللنا باستدراك الظلامة: فنعم. وإن عللنا بتوقع العود: فلا.

وعلى هذا: فلو تمكن من الرد: رد، ولو حصل اليأس: أخذ الأرش. ولو كان قد آجَره ولم نجوّز بيعَ المستأجر؛ فهو كالرهن. وإن جوزناه: فإن رضي البائع به مسلوب المنفعة مدة الإجارة: رد عليه، وإلا تعذر الرد. وفي الأرش الوجهان، ويجريان فيما لو تعذر الرد بغصب أو إباق.

ولو عرف العيب بعد تزويج الجارية أو العبد ولم يرض البائع بالأخذ: قطع بعضهم بأن المشتري يأخذ الأرش هاهنا، أما على المعنى الأول[1] فظاهر. وأما على الثاني؛ فلأن النكاح يُراد للدوام فاليأس حاصل. واختار القاضي الروياني وصاحب «التتمة» ما ذكروه، ولو عرفه بعد الكتابة؛ ففي «التتمة» أنه كالتزويج.

وذكر الماوردي: أنه لا يأخذ الأرش على المعنيين، بل يصبر؛ لأنه قد يستدرك

---

(١) أي: لأنه لم يستدرك الظلامة.

الظلامة بالنجوم[١]، وقد يعود إليه بالعجز فيرده، والأظهر أنه كالرهن، وأنه لا يحصل استدراك بالنجوم[٢].

وقوله في الكتاب: (فله الأرش؛ وهو الرجوع إلى جزء من الثمن)، لا يعود قوله: (هو) إلى الأرش؛ فإن الأرش ليس هو الرجوع إلى الثمن، وإنما هو جزء من الثمن، بل المعنى: أن استحقاق الأرش هو الرجوع إليه.

وقوله: (ولا يمتنع طلب الأرش؛ لتوقع عود الملك)، معناه: أنا لا نقول بامتناع طلب الأرش بسبب هذا التوقع، لا أنه تعليل لعدم الامتناع. ثم اعلم أن طريقة الجمهور بناء طلب الأرش في الحال والرد عند العود على المعنيين، كما حكيناها مهذبة، وصاحب الكتاب[٣] وشيخه[٤] بنيا الرد عند المآل على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد، وبَنيا أخذ الأرش في الحال على الرد في المآل إن لم يجز الرد في المآل جاز أخذ الأرش في الحال. وإن جاز؛ ففي الأرش في الحالة[٥] للحيلولة وجهان، كالقولين في شهود المآل إذا رجعوا[٦] هل يغرمون للحيلولة[٧]، ومثل هذا التصرف محمود في الفقه، لكن الذهاب إلى أن طلب الأرش في الحال جائز، خلاف المذهب المشهور، فاعرف ذلك. وقد أجاب صاحب الكتاب فيما إذا وجد بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع بأنه لا أرش له على خلاف ما رجحه هاهنا، والخلاف واحد. والله أعلم.

---

(١) قال النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» (٣/ ١٦٢): «قال الرافعي: النجم في الأصل الوقت. ويقال: كانت العرب لا تعرف الحساب ويبنون أمورهم على طلوع النجم والمنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أدّيت حقك. فسميت الأوقات نجوماً، ثم سمي المؤدى في الوقت نجماً».

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٥٥-٢٥٦).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٣٣).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٧٧).

(٥) من قوله: (على الردِّ في) إلى هنا سقط من (ظ).

(٦) سقط: (إذا رجعوا) من (ظ).

(٧) من قوله: (كالقولين في) إلى هنا سقط من (ز).

قال رحمه الله:

(الثالث: التَّقصيرُ بعدَ معرفةِ العيب سببُ بطلانِ الخيار، وفواتُ المطالبةِ بالأرشِ لتقصيرِه، وتركُ التَّقصُّر بأن يَرُدَّ عليه في الوقتِ إن كان حاضراً، وإن كانَ غائباً أشهد شاهدَين حاضرَين على الرَّدّ[١]، فإن لم يُمكِن عندَ القاضي).

الرد بالعيب على الفور، ويبطل بالتأخير من غير عذر؛ لأن الأصل في البيع اللزوم. فإذا أمكنه الرد وقصر: لزمه حكمه، ولا يتوقف على حضور الخصم وقضاء القاضي.

وقال أبو حنيفة[٢]: إن كان قبل القبض؛ فلا بد من حضور الخصم، ولا يشترط رضاه، وإن كان بعدَه؛ فلا بد من رضاه أو قضاء القاضي.

لنا: ما مرَّ في خيار الشرط.

إذا تقرر ذلك؛ فالمبادرة إلى الرد معتبرة بالعادة، فلا يؤمر بالعَدْو والركض ليرد، ولو كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة؛ فله التأخير[٣] إلى أن يفرغ. وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها؛ فلا بأس. وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً، ولو وقف عليه ليلاً؛ فله التأخير إلى أن يصبح.

---

(١) قوله: (على الردِّ) سقط من (ظ).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٨).

(٣) في (ظ): (الخيار).

وإذا لم يكن عذر؛ فقد ذكر حجة الإسلام هاهنا وفي «الوسيط»[١]: أنه إن كان البائع حاضراً: يرد عليه، وإن كان غائباً: تلفظ بالرد وأشهد عليه شاهدين، فإن عجز: حضر عند القاضي وأعلمه الرد.

ولو رفع إلى القاضي والمردود عليه حاضر: قال في «الوسيط»[٢]: هو مقصر، وأشار في «النهاية»[٣] إلى خلاف فيه وقال: هذا ظاهر المذهب، لكنه ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ترك المشتري وابتدر إلى مجلس الحكم واستعدى[٤] عليه؛ فهو فوق مطالبة المشتري؛ لأنه ربما يحوجه آخراً إلى المرافعة إلى القاضي[٥]، وحكيا معاً وجهين فيما إذا تمكن من الإشهاد فتركه ورفع إلى القاضي.

وفي الترتيب المذكور إشكال؛ لأن الحضور في هذا الموضع إما أن يعني به الاجتماع في المجلس أو الكون في البلدة.

فإن كان الأول: فإذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود[٦]: لم يسعَ إلى القاضي ولا يسعى إلى البائع، واللائق بمن[٧] يمنع من المبادرة إلى القاضي إذا وجد البائع أن يمنع منها إذا أمكنه الوصول إليه.

وإن كان الثاني؛ فأي حاجة إلى أن يقول شاهدين حاضرين؟ ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٢٧-١٢٨).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٢٨).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٤٩).

(٤) الاستعداء: طلب التقوية والنصرة. «المصباح المنير»، مادة: عدى.

(٥) قوله: (إلى القاضي) سقط من: (ط الفكر) و(ز).

(٦) في (ظ): (عنده ولا الشهود).

(٧) في (ظ): (بأن).

ثم على التفسيرين يكون حضور مجلس الحكم مشروطاً بالعجز عن الإشهاد بعيدٌ؛ أما على الأول؛ فلأنّ حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من إحضار مَنْ يشهده أو الحضور عنده. وأما على الثاني؛ فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه، ولا يحتاج إلى الإشهاد، بل يتعين عليه ذلك إن أراد الفسخ، فظهر أن الترتيب الذي يقتضيه ظاهرُ لفظ الكتاب غيرُ مرعيٍّ.

واعلم بعد ذلك أن القول في كيفية المبادرة وما يكون تقصيراً وما لا يكون، إنما يبسط في كتاب الشفعة، وأذكر هاهنا ما لا بد منه، فأقول:

الذي فهمتُه من كلام الأصحاب: أن البائع إذا كان في البلد: رد عليه بنفسه أو بوكيله. وكذا لو كان وكيله حاضراً أو لا حاجة إلى المرافعة[1]. ولو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم؛ فهو زيادة توكيد، وحاصل هذا تخييره بين الأمرين. وإن كان غائباً عن البلد: رفع الأمر إلى مجلس الحكم.

قال القاضي الحسين في «فتاواه»: يدعي[2] شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم، وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب، وأنه فسخ البيع، ويقيم البينة على ذلك في وجهِ مسخّرٍ ينصبه القاضي ويحلّفُه القاضي مع البينة؛ لأنه قضاء على الغائب، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يدي عدلٍ، والثمن يبقى ديناً على الغائب فيقضيه القاضي من ماله، فإن لم يجد له سوى المبيع: باعه فيه إلى أن ينتهي إلى الخصم، أو القاضي في الحالتين، ولو تمكن من الإشهاد على الفسخ: هل يلزمه ذلك؟ فيه وجهان. منقولُ صاحب «التتمة» وغيره منهما: اللزوم.

---

(١) أي: إلى القاضي.

(٢) والظاهر أن يقول: ادعى.

ويجري الخلاف فيما إذا أخر بعذر مرض أو غيره، ولو عجز في الحال عن الإشهاد: فهل عليه التلفظ بالفسخ؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ عند الإمام[١] وصاحب «التهذيب» ـ[٢]: أنه لا حاجة إليه، وإذا لقي البائع فسلم عليه: لم يضر. ولو اشتغل بمحادثته: بطل حقه.

ولو أخر الرد مع العلم بالعيب، ثم قال: «أخرت؛ لأني لم أعلم أن لي حق الرد»؛ فإن كان قريبَ العهدِ بالإسلام، أو نشأَ[٣] في بريةٍ لا يعرفون الأحكام: قُبِلَ قولُه ومُكِّنَ مِنَ الرد، وإلا فلا.

ولو قال: «لم أعلم أنه يبطل بالتأخير»: قُبِل قوله؛ لأنه مما يخفى على العوام[٤].

وحيث بطل حق الرد بالتقصير، يبطل حق الأرش أيضاً.

وليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطلب الأرش، خلافاً لأحمد[٥]. وليس للبائع أيضاً أن يمنعه من الرد ليغرم له الأرش، ولو رضيا[٦] بترك الرد على جزء من الثمن أو على مال آخر؛ ففي صحة هذه المصالحة وجهان:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٤٩).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٤٩).

(٣) في (ط الفكر): (أنشئ).

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٤٨٠): «قلت: إنما يقبل قوله: لم أعلم أن الرد على الفور. وقول الشفيع: لم أعلم أن الشفعَة على الفور إذا كان ممن يخفى عليه مثله. وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة. والله أعلم».

(٥) «كشاف القناع» (٣/ ٢١٨).

(٦) في (ط الفكر): (رضا).

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[١] ومالك[٢] وابن سريج ـ: أنها تصح، كالصلح عن حق القصاص على مال.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه خيار فسخ فأشبه خيار الشرط والمجلس. وعلى هذا يجب على المشتري رد ما أخذ. وفي بطلان حقه من الرد وجهان:

أحدهما: يبطل؛ لأنه أخر الرد مع الإمكان وأسقط حقه.

وأصحهما: المنع؛ لأنه نزل عن حقه على عوض، ولم يسلم له العوض؛ فيبقى على حقه. ولا يخفى أن موضع الوجهين ما إذا كان يظن صحة المصالحة، أما إذا علم فسادها: بطل حقه بلا خلاف. والله أعلم.

قال:

(ويُتركُ[٣] الانتفاعُ (و) في الحال، فيَنزلُ عن الدّابةِ (و) إن كانَ راكباً، ويضعُ (و) عنه إكافَهُ وسُرُجَه، فإنه انتفاع، ولا يحطُّ عِذاره، فإنه في محلِّ المسامحة، إلا إن تعسَّرَ عليه القَوْد؛ فيُعذَرُ في الرُّكوب إلى مُصادفةِ الخَصمِ أو القاضي).

كما أن تأخير الرد مع الإمكان تقصيرٌ، فكذلك الاستعمالُ والانتفاع والتصرف لإشعارها بالرضا والاختيار، فلو كان المبيع رقيقاً فاستخدمه في مدة طلب الخصم أو القاضي: بطل حقه.

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٢-٥٣).

(٢) «جواهر الإكليل» (٢/ ٣٨).

(٣) في (ظ): (وترك).

وإن كان بشيء خفيف، كقوله: «اسقني»، أو: «ناولني الثوب»، أو: «أغلق الباب»: ففيه وجه: أنه لا أثر له؛ لأن مثل هذا قد يؤمر به غير المملوك، وبهذا أجاب القاضي الماوردي وغيره، ولكن الأشهر: أنه لا فرق[١].

ولو ركب الدابة لا للرد بطل حقه، وإن ركبها للرد أو للسقي: فوجهان:

أظهرهما: البطلان أيضاً؛ لأنه ضرب انتفاع، كما لو وقف على عيب الثوب فلبسه للرد، نعم لو كانت الدابة جموحاً يعسر قودها وسوقها؛ فيعذر في الركوب.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٢] وابن سريج في «جوابات جامع الصغير» ـ: أنه لا يبطل؛ لأنه أسرع للرد، وعلى الأول: لو كان قد ركبها للانتفاع، فاطلع على عيب بها: لم يجز استدامته، وإن توجه للرد، ولو كان لابساً[٣] فاطلع على عيب الثوب في الطريق فتوجه للرد ولم ينزع؛ فهو معذور؛ لأن نزع الثوب في الطريق غير معتاد. كذا[٤] قاله الماوردي.

ولو علف الدابة وسقاها في الطريق: لم يضر، وكذا لو حلب لبن البهيمة في الطريق؛ لأنه مما حدث في ملكه، ولو كان عليها سرج أو إِكاف فتركهما عليها: بطل حقه؛ لأنه استعمال وانتفاع، ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل، ويعذر بترك العذار أو اللِّجام؛ لأنهما خفيفان، ولا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعاً، ولأن القَوْد يعسر

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٤٨١): «قلت: قال القفال في «شرح التلخيص»: لو جاءه العبد بكوز ماء، فأخذ الكوز: لم يضر، لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض، فإن شرب ورد الكوز إليه: فهو استعمال. والله أعلم».

(٢) «تبيين الحقائق» (٤/ ٤٢).

(٣) في (ظ): (أسرع للرد وإن كان لابساً).

(٤) في (ز): (في الطريق لا يعتاد قاله).

دونها. وسئل الشيخ أبو حامد[١] عما لو أنعلها في الطريق، فقال: إن كانت تمشي بلا نعل: بطل حقه، وإلا فلا.

ولك أن تعلم قوله في الكتاب: (ويترك الانتفاع[٢])، بالواو. وكذا قوله: (وينزل عن الدابة)، وقوله: (ويضع)؛ لأن القاضي الروياني نقل جواز الانتفاع في الطريق مطلقاً، حتى رَوى عن أبيه جواز وطء الجارية الثيب[٣]. وقوله: (إلا أن يعسر عليه القود)، راجع إلى قوله من قبل: (إن كان راكباً)، وإن تخلل بينهما كلام آخر. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الرّابع: العيبُ الحادِثُ مانعٌ من الرَّدّ، وطريقُ دفعِ الظلامة: أن يَضمَّ أرشَ العيبِ الحادثِ إلى المبيعِ ويردَّه، أو يَغرم البائعُ له أرشَ العَيبِ القديم، وإن تَنازعا في تعيينِ أحدِ المسلكَين؛ فالأصحّ: أن طالبَ أرشِ العَيبِ القَديمِ أولى (م أ) بالإجابة؛ لأن أرشَ العَيبِ الحادثِ غرمٌ دخيلٌ لم يَقتضِه العَقد).

إذا حدث بالمبيع عيبٌ في يد المشتري بجناية أو آفة ثم اطلع على عيب قديم؛ فلا يمكن الرد قهراً؛ لما فيه من الإضرار بالبائع، ولا يُكلف المشتري القناعة به؛ لما فيه من

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٣٣).

(٢) في (ز): (الانتفاع به).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٤٨٢): «قلت: لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض، فأجاز المشتري البيع ثم أراد الفسخ، فله ذلك ما لم يعد العبد إليه. ذكره الإمام الرافعي في آخر المسائل المنثورة في آخر كتاب الإجارة. وسأذكره إن شاء الله تعالى هناك. والله أعلم».

الإضرار به، ولكن يُعْلِمُ المشتري البائع بالحال[١]، فإن رضي به مَعيباً: قيل للمشتري: إما أن ترده، وإما أن تقنع به معيباً ولا شيء لك، وإن لم يرض؛ فلا بد من أن يضم المشتري أرش العيب الحادث إلى المبيع؛ ليرده، أو أن يغرم البائع للمشتري أرش العيب القديم؛ ليمسكه؛ رعاية للجانبين.

فإن توافقا على أحد هذين المسلكين؛ فذاك، وإن تنازعا فدعا أحدهما إلى الرد مع أرش العيب الحادث، ودعا الآخر[٢] إلى الإمساك وغرامة أرش العيْب القديم؛ فحاصل ما اشتمل كلام الأصحاب عليه وجوهٌ اختصرها الإمام[٣]:

أحدها: أن المتبع رأي المشتري، ويجبر البائع على ما يقوله؛ لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن إلا بمبيع سليم، فإذا تعذر ذلك فوضت الخِيَـرَةُ إليه، ولأن البائع ملبس بترويج المبيع؛ فكان رعايةَ جانبِ المشتري أولى، ويروى هذا الوجه عن مالك[٤] وأحمد[٥]، وعن أبي ثور: أنه نَصَّفَه في القديم.

والثاني: أن المتبع رأي البائع؛ لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه.

والثالث ـ وهو الأصح ـ: أن المتبع رأي من يدعو إلى الإمساك والرجوع بأرش العيب القديم سواء كان هو البائع أو المشتري؛ لما فيه من تقرير العقد، وأيضاً فالرجوع

---

(١) قوله: (البائع بالحال) سقط من (ظ).

(٢) كذا في (ز)، وهو الصواب، وفي غيرها: «الأمر». (م ع).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٣٩-٢٤٠).

(٤) «الشرح الكبير» و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٢٦)، وللمالكية تفصيل فيما إذا كان العيب متوسطاً ويسيراً وكثيراً.

(٥) وهو الرواية الثانية عن أحمد، كما في «المغني» (٤/ ١٦٤).

بأرش العيب القديم يستند إلى أصل العقد؛ لأن قضيته ألا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم، وضم أرش العيب الحادث إدخال شيء جديد لم يكن في العقد؛ فكان الأول أولى.

فعلى هذا: لو قال البائع: رده مع أرش العيب الحادث؛ فللمشتري أن يأتي ويأخذ أرش العيب القديم، أراد المشتري أم لم يرده مع أرش الحادث، فللبائع أن يأتي[1] ويغرم أرش القديم.

وما ذكرناه من إِعْلام المشتري البائع يكون على الفور، حتى لو أَخَّره من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش، إلا أن يكون العيب الحادث قريب الزوال غالباً، كالرمد والحمى، فلا يعتبر الفور في الإعلام على أحد القولين، بل له انتظار زواله؛ ليرده سليماً عن العيب الحادث من غير أرش.

ومهما زال العيب[2] الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم، فهل له الفسخ ورد الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وأخذ الأرش إسقاط للرد.

والثاني: نعم، والأرش للحيلولة، ولو لم يأخذه، ولكن قضى القاضي بثبوته؛ فوجهان بالترتيب[3]، وأولى بجواز الفسخ، ولو تراضيا ولا قضاءَ؛ فوجهان بالترتيب[4]، وأولى بالفسخ، وهو الأصح في هذه الصورة، وأما بعد الأخذ فالأصح: المنع، وكذا بعد الحكم عند صاحب «التهذيب»[5].

---

(١) من قوله: (ويأخذ أرش العيب) إلى هنا سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (الشيء).

(٣) أي: مثل الترتيب السابق، أو الحكم السابق.

(٤) أي: الترتيب السابق، أو الحكم السابق.

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٥٧).

ولو عرف العيب القديم بعد[1] زوال الحادث: رد، وفيه وجه ضعيف.

ولو زال العيب القديم قبل أخذ أرشه: لم يأخذه، وإن زال بعد أخذه: رده، ومنهم من جعله على وجهين. كما لو ثَبَت سن المجني عليه بعد أخذ الدية هل يرد الدية؟

واعلم أن كل ما يثبت الرد على البائع لو كان في يده يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري؛ وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري إلا في الأقل؛ فلو خصى[2] العبد ثم عرف عيباً قديمًا: فلا رد، وإن زادت قيمته، ولو نسي القرآن أو الحرفة ثم عرف به عيباً قديماً: فلا رد؛ لنقصان القيمة، ولو زوجها ثم عرف بها عيباً؛ فكذلك، قال الروياني: إلا أن يقول الزوج: «إن ردكِ المشتري بعيب فأنت طالق» وكان ذلك قبل الدخول: فله الرد؛ لزوال المانع بالرد.

ولو عرف عيب الجارية المشتراة من ابنه أو أبيه بعد ما وطئها وهي ثيب: فله الرد، وإن حرمت على البائع؛ لأن القيمة لا تنقص بذلك. وكذا لو كانت الجارية رضيعة فأرضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري، ثم عرف بها عيباً.

وإقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري بدين المعاملة أو بدين الإتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع من الرد بالعيب القديم، وإن صدقه المولى على غير دين الإتلاف: منع، فإن عفا المقرّ له بعد ما أخذ المشتري الأرش: هل له الفسخ ورد الأرش؟ فيه وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرش لرهنه[3] العبد[4] أو كتابته[5] أو إباقه أو غصبه

---

(١) في (ظ): (مع).

(٢) يقال: خَصَيْتُ العبدَ أخْصِيه خِصَاءً بالكسر والمدّ: سَلَلْتُ خُصْيَيْه، فهو خَصِيٌّ. «المصباح المنير»، مادة: خصي.

(٣) في (ط الفكر): (لرهينة).

(٤) في (ز): (العبد الجاني).

(٥) في (ط الفكر): (كتابة).

ونحوها. إن مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد: قال في «التهذيب»[١]: أصحهما: أنه لا فسخ.

فرع: حدث في يد المشتري نكتة بياض بعين العبد، ووجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما، فقال البائع: «الزائلة القديمة»: فلا رد ولا أرش. وقال المشتري: «بل الحادثة وَلِيَ الرد»؛ فيحلّفان على ما يقولان، فإن حلف أحدُهما دون الآخر: قضي بموجب يمينه، وإن حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد، واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش، فإن اختلفا في الأرش؛ فليس له إلا الأقل؛ لأنه المستيقن.

وقوله في الكتاب: (فالأصح أن طالب أرش القديم)، يعني من الأوجه الثلاثة، ويجوز أن يعلم قوله: (أولى) بالميم والألف؛ لما حكينا من مذهبهما. والله أعلم.

قال:

(وإن كانَ المبيعُ حليّاً: قُوبلَ بمثلِ وزنِه، وضَمُّ الأرشِ إليه، أو استردادُ[٢] جزءٍ من الثَّمنِ للعَيبِ القديمِ يُوقعُ في الرِّبا. قالَ ابن سريجٍ بفسخِ العقد؛ لتعذُّرِ إمضائِه، ولا يُردُّ الـحُليّ، بل يُقوَّمُ بالذَّهبِ إن كانَ من فضّة، أو على العكس؛ حذراً من ربا الفَضل، وهو الأصحّ، وقيل: إنه لا يُبالي بذلك؛ إذ المحذورُ الزيادةُ في المقابلةِ في ابتداءِ عقدِه).

إذا اشترى حليّاً من ذهب أو فضة وَزْنُه مئة ـ مثلاً ـ بمئة من جنسه، ثم اطلع على عيب قديم به، وقد حدث عنده عيب آخر؛ ففيه ثلاثة أوجه:

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٥٧-٤٥٨).

(٢) في (ط الفكر): (إليه إذا استراد جزء).

أحدها ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه لا يرجع بالأرش؛ لأنه لو أخذ الأرش لنقص الثمن عن المئة؛ فتصير المئة مقابلة بما دونها، وذلك رباً. ولا يرده مع أرش المعيب الحادث؛ لأن المردود حينئذ يزيد على المئة المستردة، وذلك رِباً، فيفسخ العقد؛ لتعذر إمضائه[1]، ولا يرد الحلي على البائع؛ لتعذرِ رَده دون الأرش، ومع الأرش[2] فيجعل بمثابة ما لو تلف، ويَغْرَم المشتري قيمتَه من غير جنسه معيباً بالعيب القديم سليماً عن العيب الحادث.

والثاني ـ وبه قال الشيخ أبو حامد ـ: أنه يفسخ البيع ويرد الحلي مع أرش النقصان الحادث، ولا يلزم الربا؛ فإن المقابلة بين الحلي والثمن وهما متماثلان، والعيب الحادث مضمون عليه كعيب المأخوذ على جهة السوم، فعليه غرامته[3].

والثالث ـ عن صاحب «التقريب» والداركي ـ: أنه يرجع بأرش العيب القديم، كما في غير هذه الصورة، والمماثلة في مال الربا إنما تشترط في ابتداء العقد، وقد حصلت، والأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدح في العقد السابق.

واعلم أن الوجه الأول والثاني متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم، وأنه يفسخ العقد. وإنما اختلافهما في أنه يرد الحلي مع أرش النقص أو يمسكه ويرد قيمته؟ وأما صاحب الوجه الثالث؛ فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضاً، كما في سائر الأموال. وإذا أخذ الأرش: فقد قيل: يجب أن يكون من غير جنس العوضين؛ كي لا يلزم ربا الفضل.

والأظهر: أنه يجوز أن يكون من جنسهما؛ لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (مصابه).

(٢) قوله: (ومع الأرش) سقط من (ز).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٣٥).

أخذ غير الجنس؛ لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر. وذلك من صور مد عجوة. ثم إن صاحب الكتاب رأى الأصح الوجه المنسوب إلى ابن سريج، وهو غير مساعد عليه، بل اختيارُ القاضي الطبري[١] وصاحب «المهذب»[٢] ومعظم العراقيين إنما هو الثاني، واختيار الإمام وغيره: الثالث. وذكر الإمام أن أبعدَ الوجوه ما قاله ابن سريج[٣].

وقوله: (فضم الأرش إليه أو استرداد جزء من الثمن [للعيب القديم] يوقع في الربا)، قبل ذكر الخلاف إنما كان يحسن كل الحسن أن لو كان ذلك متفقاً عليه، وكان الاختلاف في طريق الخلاص، وليس كذلك، بل صاحب الوجه الثاني لا يرى ضم الأرش إليه موقعاً في الربا. وصاحب الثالث لا يرى الاسترداد موقعاً فيه، والأحسن في النظم أن يذكر قول ابن سريج أولاً ويعلل تعذر الإمضاء بذلك.

وقوله: (وقيل: لا يبالي بذلك)، يمكن تنزيله على الوجه الثاني وعلى الثالث.

ولو عرف العيب القديم بعد تلف الحلي عنده؛ فالذي أورده صاحب «الشامل» و«التتمة»: أنه يفسخ العقد ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف، ولا يمكن أخذ الأرش للربا. وفيه وجه آخر: أنه يجوز أخذ الأرش، قال في «التهذيب»[٤]: «وهو الأصح»، وعلى هذا ففي اشتراط كونه من غير الجنس ما مر.

ولا يخفى أن المسألة لا تختص بالحلي والنقدين، بل تجري في كل مالٍ من أموال الربا بيعَ بجنسه. والله أعلم.

---

(١) وهو القاضي أبو الطيب الطبري.

(٢) كما في «المجموع شرح المهذب» للنووي (١٢/ ٢٧٤)، ط: دار الفكر.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٦٨).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٦٠-٣٦١).

قال:

(وإذا أنعلَ الدّابةَ فأرادَ ردَّها بالعَيب، فليَنزِعِ النَّعل، فإن كانَ النَّزعُ يُعيبُه، فليَسمَح بالنَّعل، وإلا فليسَ له على البائعِ أرشُ ولا قيمةُ النَّعل. وإن صبغَ الثَّوبَ بما زادَ في قيمتِه، فطلبُ قيمةِ الصَّبغ؛ له وَجه، ولكنّ إدخالَ الصَّبغ وهو دخيلٌ في مُلكِ البائعِ كإدخالِ أرشِ العَيبِ الحادث).

في الفصل صورتان:

الأولى: إذا أنعل[1] الدابة المشتراة ثم وقف على عيب قديم بها: ينظر: إن لم يعبها نَزْعُ النعل: فله النزع والرد، وإن لم ينزع والحالة هذه: لم يجب على البائع القبول، وإن كان النزع يخرم ثقب المسامير ويتعيب الحافر به فنزع: بطل حقه من الرد والأرش، وكان تعيّبه بالاختيار قطعاً للخيار، وفيه احتمال للإمام[2].

ولو ردها مع النعل: أجبر البائع على القبول، وليس للمشتري طلب قيمة النعل؛ فإنه حقير في معرض رد الدابة، ثم ترْكُ النعل من المشتري تمليك حتى يكون للبائع لو سقط، أو إعراضٌ حتى يكون للمشتري؟ فيه وجهان، أشبههما: الثاني.

الثانية: لو صُبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم عرف عيبه؛ فإن رضي بالرد من غير أن يطالب بشيء؛ فعلى البائع قبوله، ويصير الصبغ ملكاً له؛ فإنه صفة للثوب لا تزايله وليس كالنعل، هذا لفظ إمام الحرمين، قال: ولا صائر إلى أنه يرد الثوب ويبقى شريكاً

---

(١) أنعل الدابة، أي: جعل لها نعلًا، وهي جلدة على أسفله تكون له كالنعل للقدم. «المصباح المنير»، مادة: نعل.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٣٧).

بالصبغ كما يكون مثله في المغصوب، والاحتمال يتطرق إليه[١].

وإن أراد الرد وأخذ قيمة الصبغ؛ ففي وجوب الإجابة على البائع وجهان، أظهرهما: لا يجب، لكن يأخذ المشتري الأرش. ولو طلب المشتري أرش العيب، وقال البائع: «رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ»؛ ففيمن يجاب منهما؟ وجهان، الذي أورده[٢] ابن الصباغ والمتولي: أن المجاب البائعُ، ولا أرش للمشتري.

ولما حكى الإمام الخلاف في الطرفين ذكر أن الصبغ الزائد قد جرى مجرى أرش العيب الحادث في طرفي المطالبة[٣]. ومعناه أنه إذا قال البائع: «رد مع الأرش»، وقال المشتري: «بل أمسك وآخذ الأرش»، ففيمن يجاب؟ وكذا إذا قال المشتري: «أرده مع الأرش»، وقال البائع: «بل أغرم الأرش»، وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك إذا أفرد أحد الجانبين بالنظر.

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث: ما أشار إليه صاحب الكتاب؛ وهو: أن إدخال الصبغ في ملك البائع مع أنه دخيل في العقد، كإدخال الأرش الدخيل، ثم ظاهر لفظ الكتاب يقتضي عود الوجوه الثلاثة هاهنا، حتى[٤] يقال: المجاب منهما في وجه من يدعو إلى فصل الأمر بالأرش القديم. وقد صرح به في «الوسيط»[٥]، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثَمَّ أن الأصح الوجه الثالث، وهاهنا قضية إيراد الأئمة أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الأرش، كما مر.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٦٩).

(٢) أي: قطع.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٦٩).

(٤) في (ظ): (بم).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٣٦).

وقوله: (فطلب قيمة الصبغ له وجه)، المعنى الذي ينبغي أن تنزل عليه هذه الكلمة: أن طلب قيمة الصبغ ليس كطلب قيمة النعل؛ فإن النعل تابع، بالإضافة إلى الدابة حقير، والصبغ بخلافه، فإن[1] هذا الطلب متجه وذاك مستنكر. ولو قصر الثوب ثم وقف على العيب؛ فيبني على أن القصارة عين أو أثر؟ إن قلنا بالأول[2]؛ فهي كالصبغ. وإن قلنا بالثاني: رد الثوب ولا شيء له، كالزيادات المتصلة. وعلى هذا فقس نظائره. والله أعلم.

قال:

(ولا يردُّ البِطيخَ (ح و) والـجَوزَ والبيضَ واللَّوزَ بعدَ الكسر، وإن وجدَه معيباً، بل يأخذُ أرشَ العيب، وقيل: إن له الرَّدَّ (م ح و ز)، وضُمَّ أرشَ الكسر إليه).

إذا اشترى ما مأكولُه في جوفه، كالبطيخ والرانِج[3] والرمان والجوز واللوز والبندق[4] والبيض، فكسره ووجَدَهُ فَاسِداً: ينظر:

إن لم يكن لفاسده قيمة، كالبيضة المذرة التي لا تصلح لشيءٍ، والبطيخة الشديدة التغير: رجع المشتري بجميع الثمن، نص عليه. وكيف سبيله؟ قال معظم الأصحاب: تبين فساد البيع؛ لوروده على غير متقوم. وعن القفال في طائفة: أنه لا يتبين الفساد[5]،

---

(١) في (ظ): (فإذَنْ).

(٢) في (ز): (عين).

(٣) الرانج: بفتح النون، وقيل بكسرها، واقتصر عليه الفارابي: الجوز الهندي، والرانِج أيضاً نوع من التمر أملس. «المصباح المنير»، مادة: رنج.

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (الفندق)، قلت: وهو في لغة الفارس والترك.

(٥) أي: فساد البيع.

لكنه على سبيل استدراك الظلامة. فكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع[(١)] يرجع بكله عند فوات كل المبيع. وتظهر ثمرة هذا الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص حتى يكون عليه تطهير الموضع عنها؟

وإن كان لفاسده قيمة، كالرانج وبيض النعام والبطيخ، إذا وجده حامضاً أو مدوداً بعض الأطراف؛ فللكسر حالتان:

إحداهما: أن لا يوقف على ذلك الفساد إلا بمثله؛ ففيه قولان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[(٢)] والمزني ـ: أنه ليس له الرد قهراً كما لو عرف عيب الثوب بعد قطعه، وعلى هذا هو كسائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري بأرش العيب القديم، أو يضم أرش النقصان إليه ويرده، كما سبق. وقوله في الكتاب: (بل يأخذ الأرش)، أي: إن لم يتراضيا على الرد مع الأرش؛ لأنه لا يعدل عنه بحال.

والثاني: له ذلك، وبه قال مالك[(٣)] وكذا أحمد[(٤)] في روايتين؛ لأنه نقص لا يعرف العيب إلا به، فلا يمنع الرد، كالمصراة.

وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح القول الأول، وبه قال صاحب «التهذيب»[(٥)]، لكنِ القاضي الماوردي[(٦)] والشيخ أبو حامد[(٧)] ومن تابعه رجحوا الثاني، وبه قال

---

(١) في (ظ): (بجزء من البيع يرجع).

(٢) قال في «تبيين الحقائق» (٤/ ٣٤): «ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً: رجع بالعيب، لأن القطع عيب، وقد بينا أنه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان، بخلاف ما إذا اشترى بعيراً ونحوه فوجد مِعَاه فاسداً حيث لا يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة».

(٣) «الشرح الكبير» (٣/ ١٢٦).

(٤) «مختصر الخرقي» مع «المغني» (٤/ ١٨٥).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٦٣-٤٦٤).

(٦) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٦٢).

(٧) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٣٦).

القاضي الروياني وغيره. وإذا فرعنا على الثاني؛ فهل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وهو الذي أورده في الكتاب، كما يرد المصراة ويغرم.

والثاني: لا؛ لأنه لا يعرف العيب إلا به، فهو معذور فيه، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[١] وغيره، فإن قلنا بالأول: غرم ما بين قيمته صحيحاً فاسدَ اللب، ومكسوراً فاسد اللب، ولا ينظر إلى الثمن.

الحالة الثانية: أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد بأقل من ذلك الكسر؛ فلا رد كما في سائر العيوب. وعن أبي إسحاق: أن بعض الأصحاب طرّد القولين[٢].

إذا عرفت ذلك فكسر الجوز ونحوه وثقب الرانَجِ من صور الحالة الأولى، وكسر الرانج وترضيض[٣] بيض النعام من صور الحالة الثانية. وكذا تقوير[٤] البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شيء فيه، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفتها بالتقوير الصغير. والتدويد[٥] لا يعرف إلا بالتقوير، وقد يحتاج إلى الشق ليعرف، وقد يستغنى في معرفة حال البيض بالقلقلة[٦] عن الكسر، وليست الحموضة بعيب في الرمان بخلاف البطيخ، فإن شرط في الرمان الحلاوة فبان حامضاً بالغرز: رده، وإن بان بالشق؛ فلا.

فرع: إذا اشترى ثوباً مطويّاً وهو مما ينقص بالنشر، فنشره ووقف على عيب به لا

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٦٣-٤٦٤).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٢).

(٣) وهو الكسر والدّقّ. «المصباح المنير»، مادة: رضض.

(٤) التقوير: القطع من وسط الشيء خرقاً مستديراً. «المصباح المنير»، مادة: قور.

(٥) في (ظ): (فالتدوير)، ومعنى التدويد: وقوع الدود في الشيء. كما في «المصباح المنير»، مادة: دود.

(٦) قَلْقَلَهُ، أي: حركه. «المصباح المنير»، مادة: قلل.

يوقف عليه إلا بالنشر؛ فيه القولان، كذا أطلقه الأصحاب على طبقاتهم، مع جعلهم بيع الثوب المطوي من صور بيع الغائب، ولم يتعرض الأئمة لهذا الإشكال فيما رأيته إلا من وجهين:

أحدهما: ذكر إمام الحرمين: أن هذا الفرع مبني على تصحيح بيع الغائب[١].

والثاني: قال صاحب «الحاوي»[٢] وغيره: إن كان مطويّاً على أكثر من طاقين: لم يصح البيع إن[٣] لم نُجوِّز خيار الرؤية[٤]. وإن كان مطويّاً على طاقين: يصح البيع؛ لأنه يرى جميع الثوب من جانبيه، وهذا حسن، لكن المطوي على طاقين لا يرى من جانبيه إلا أحد وجهي الثوب، وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق. ووراء ما ذكروه تنزيلان[٥]:

أحدهما: أن يفرض رؤية الثوب قبل الطي، والطي قبل البيع، ويصح البيع[٦] ويستمر الفرع.

والثاني: أن ما ينتقص بالنشر مرتين[٧] فوق ما ينتقص به مرة واحدة، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيه ثم نشره المشتري وزاد النقصان بذلك: انتظم الفرع[٨]. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٣).

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٦٣).

(٣) في (ظ): (و).

(٤) أي: بيع الغائب.

(٥) أي: تصويران.

(٦) قوله: (فيصح البيع) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٧) في (ط الفكر) و(ز): (مرة ينتقص بالنشر مرتين).

(٨) أي: التصوير.

قال:

(وإذا اشترى عبداً من رجلَين؛ فله أن يُفرِدَ أحدَهما (ح) بردِّ نصيبِه، وإذا اشترى رجلانِ عبداً من واحد؛ فلأحدهِما أن يفردَ نصيبَه بالرَّدّ؛ على أصحِّ القولين).

المبيع في الصفقة الواحدة إما شيء واحد أو شيئان.

فإن كان الثاني؛ كما لو اشترى عبدين فخرجا معيبين: فله ردهما، وكذا لو خرج أحدهما معيباً، وأما إفراد المعيب بالرد؛ فقد ذكرناه في تفريق الصفقة.

وإن كان الأول؛ كما لو اشترى داراً أو عبداً فخرج معيباً[1]؛ فليس له رد بعضه إن كان الباقي قائماً في ملكه؛ لما فيه من تشقيص ملك البائع عليه. فإن رضي البائع: جاز في أصح الوجهين. وإن كان الباقي زائلاً، كما إذا عرف العيب بعد بيع بعض المبيع؛ فقد حكى الشيخ أبو علي في رد الباقي طريقين:

أحدهما: أنه على قولين بناء على تفريق الصفقة.

وأصحهما: القطع بالمنع، كما لو كان الباقي قائماً في ملكه.

وعلى هذا: فهل يرجع بالأرش؟ أما للقدر المبيع؛ فكما ذكرنا فيما إذا باع الكل. وأما للقدر الباقي؛ فوجهان، قال في «التهذيب»[2]: أصحهما: أنه يرجع، لتعذر الرد، ولا ينتظر عود الزائل ليرد الكل، كما لا ينتظر زوال العيب الحادث.

---

(١) من قوله: (وأما إفراد) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٤٠-٤٤١).

والوجهان جاريان فيما إذا اشترى عبدين وباع أحدهما ثم عرف العيب ولم نجوز رد الباقي: هل يرجع بالأرش؟ ولو اشترى عبداً ومات وخلّف ابنين فوجدا به عيباً؛ فالأصح ـ وهو قول ابن الحداد ـ: أنه لا ينفرد أحدهما بالرد؛ لأن الصفقة وقعت متحدة؛ ولهذا لو سلم أحد الابنين نصف الثمن: لم يلزم البائع تسليم النصف إليه. وفيه وجه: أنه ينفرد؛ لأنه رد جميع ما ملك. هذا كله فيما إذا اتحد المتعاقدان.

أما إذا اشترى رجل عبداً من رجلين وخرج معيباً؛ فله أن يفرد نصيب أحدهما بالرد؛ لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد. وأيضاً فلا يتشقص على الـمَرْدُودِ عليه ما خرج عن ملكه.

ولو اشترى رجلان عبداً من واحدٍ؛ فقولان:

أصحهما: أن لأحدِهما أن ينفرد بالرد؛ لأنه رد جميع ما ملك، كما ملك. وبهذا قال أحمد[١] وكذا مالك[٢] في رواية.

والثاني ـ يحكى عن رواية أبي ثور، وبه قال أبو حنيفة[٣] ـ: أنه ليس له الانفراد؛ لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملاً والآن يعود إليه بعضه، وبعض الشيء لا يشترى بما يخصه من الثمن لو بيع كله.

---

(١) «كشاف القناع» (٣/ ٢٢٥).

(٢) «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٣٦).

(٣) قال في «تبيين الحقائق» (٤/ ٤١): «ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً: أخذهما أو ردهما. ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً: رد المعيب وحده» قلت: ولم أعثر على مثال تعدد المشتري في مبيع واحد في كتب الحنفية.
أقول: قال في بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣): «وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة رحمه الله إذا اشترى رجلان شيئاً ثم اطلعا على عيب به كان عند البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ، دون صاحبه، وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالنسخ». (م ع).

التفريع:

إن جوزنا الانفراد، فانفرد أحدهما؛ فتبطل الشركة بينهما، ويخلص للممسك ما أمسك، وللراد ما استرد، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك، واسترده الراد؛ حكى القاضي الماوردي فيه وجهين، أصحهما: أولهما. وإن منعنا الانفراد؛ فذاك فيما ينتقص بالتبعيض. أما ما لا ينتقص، كالحبوب؛ ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعيض أو اتحاد الصفقة[١].

ولو أراد الممنوع من الرد الأرش؟ قال الإمام[٢]: إن حصل اليأس من إمكان رد نصيب الآخر، بأن أعتقه وهو معسر؛ فله أخذ الأرش، وإن لم يحصل: نظِر: إن رضي صاحبه بالمعيب؛ فيبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه، وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن؛ هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل؟ وفيه وجهان:

إن قلنا: لا: أخذ الأرش.

وإن قلنا: نعم؛ فكذلك في أصح الوجهين؛ لأنه توقعٌ بعيد.

وإن كان صاحبه غائباً لا يعرف الحال؛ ففي الأرش وجهان من جهة الحيلولة الناجزة.

ولو اشترى رجلان عبداً من رجلين؛ كان كل واحد منهما مشترياً ربع العبد من كل واحد من البائعين؛ فلكل واحد رد الربع إلى أحدهما.

ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة؛ كان كل واحد منهم مشترياً تُسع العبد من كل واحد من الباعة.

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٦/ ٤٨٦).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٢٠-٢٢١).

ولو اشترى رجلان عبدين من رجلين؛ فقد اشترى كل واحد من كل واحد ربع كل واحدٍ[١]؛ فلكل واحد رد جميع ما اشترى من كل واحد عليه.

ولو رد أحد[٢] العبدين وحده؛ ففيه قولا التفريق[٣]. ولو اشترى بعضَ عبد في صفقة وباقيَه في صفقة، إما من البائع الأول أو غيره؛ فله رد أحد البعضين خاصة؛ لتعدد الصفقة. ولو علم بالعيب بعد العقد الأول ولم يمكنه الرد، فاشترى الباقي؛ فليس له رد الباقي، وله رد الأول عند الإمكان. والله أعلم.

قال:

(وإذا تنازعا في قدم العَيبِ وحدوثِه؛ فالقولُ قولُ البائع؛ إذ الأصلُ لزومُ العَقد، فيَحلِف: أني بعتُه وأقبَضتُه وما به عيبٌ).

إذا وُجِد بالمبيع عيب[٤]، فقال البائع: «إنه حدث عند المشتري»، وقال المشتري: «بل كان عندك»؛ نظر: إن كان العيب مما لا يحتمل حدوثه بعد البيع، كالإصبع الزائدة وشين الشجة المندملة[٥]، والبيع جرى أمس؛ فالقول قول المشتري من غير يمين. وإن لم يحتمل قدمه[٦]، كالجراحة الطرية، وقد جرى البيع والقبض منذ سنة؛ فالقول قول البائع من غير يمين. وإن كان مما يحتمل حدوثه وقدمه، كالبرص ـ وهو المراد من مسألة الكتاب ـ؛ فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الأصل لزوم العقد واستمراره.

---

(١) أي: عبد واحد.

(٢) في (ظ): (ربع أحد).

(٣) في (ظ): (تفريق الصفقة).

(٤) في (ز): «إذا وَجَدَ بالمبيع عيباً». (م ع).

(٥) قال في «المصباح المنير» في مادة: دمل: «اندمل الجرحُ: تراجع إلى البُـرْءِ».

(٦) في الأصل: (تقدمه).

وكيف يحلف؟ ينظر في جوابه لدعوى المشتري؛ فإذا ادعى المشتري أن بالمبيع عيباً، كان قبل البيع أو قبل القبض وأراد الرد، فقال في الجواب: «ليس له الرد علي بالعيب الذي يذكره»، أو: «لا يلزمني قبوله»؛ حلف على ذلك، ولا يكلف التعرض لعدم العيب يوم البيع ولا قبل[1] القبض؛ لجواز أنه أقبضه معيباً وهو عالم به، أو أنه رضي به بعد البيع، ولو نطق به لصار مدعياً مطالباً بالبينة.

ولو قال في الجواب: «ما بعته إلا سليماً»، أو: «ما أقبضته إلا سليماً»، فهل يلزمه أن يحلف كذلك، أو يكفيه الاقتصار على أنه: «لا يستحق الرد»، أو: «لا يلزمني قبوله»؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يكفيه الجواب المطلق، كما لو اقتصر عليه في الجواب.

وأظهرهما: أنه يلزمه التعرض لما تعرض له في الجواب؛ لتكون اليمين مطابقة للجواب. ولو كان له غرض في الاقتصار على الجواب المطلق، لوجب الاقتصار عليه في الجواب. وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»[2] وغيره. وهذا التفصيل والخلاف جاريان في جميع الدعاوى والأجوبة.

إذا تقرر ذلك، فاعلم أن لفظ الشافعي رضي الله عنه في المسألة: أن القول قول البائع مع يمينه على البَت: لقد باعه بريئاً من العيوب[3]. واعترض المزني، فقال: ينبغي أن يحلف: «لقد أقبضتُه بريئاً من العيب»؛ لأن ما يحدث قبل القبض يثبت الرد، كالسابق على البيع[4].

---

(١) في (ظ): (يوم).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٦٢-٤٦٣).

(٣) في (ظ): (هذا العيب).

(٤) في (ز): (العقد).

وتكلم الأصحاب على اعتراضه بحسب الخلاف المذكور؛ فمن اعتبر كون اليمين على وفق الجواب قال: أراد الشافعي رضي الله عنه ما إذا ادعى المشتري عيباً سابقاً على البيع[١] وأراد الرد به، وقال البائع في الجواب: «بعته وما به هذا العيب»؛ فيحلف كذلك. ولو قال المشتري: «قبضته مَعيباً» ونفاه البائع في الجواب؛ حلف، كما ذكره المزني. ولو اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق الرد: لم يلزمه ذكر هذا ولا ذاك.

ومن قال: تكفي اليمين على نفي الاستحقاق بكل حال: قال: لم يقصد الشافعي رضي الله عنه أنه الآن على ماذا يحلف؟ لأيِّ وقت يتعرض؟ ولكن أراد أن يتبين أنه يحلف على البت، فلا يقول، مثلاً: «بعته وما أعلم به عيباً»، ولكن يقول: «بعته وما به عيب». ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد واطلع على خفايا أمره، كما يجوز بمثله الشهادة على الإعسار وعدالة الشهود وغيرهما. وعند عدم الاختبار يجوز الاعتماد على ظاهر السلامة إذا لم يعرَفْ ولا ظُنَّ خلافه.

وقوله في الكتاب: (بعته وأقبضته وما به عيب)، محمول على ما إذا نفى في جواب المشتري العيب في الحالتين، واعتبرنا موافقة اليمين للجواب لفظاً ومعنًى، وإلا فمدار الرد التعيب عند القبض، حتى لو كان معيباً عند البيع وقد زال العيب؛ فلا رد له بما كان، بل مهما[٢] زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد، سقط حق الرد.

ولو زعم المشتري أن بالمبيع عيباً، وأنكره البائع؛ فالقول قوله؛ لأن الأصل السلامة ودوامُ العقد.

ولو اختلفا في بعض الصفات؛ أنه هل هو عيب؟ فالقول قول البائع أيضاً مع

---

(١) في (ط الفكر): (الرد).

(٢) في (ظ): (فمدار الرد التعيب فلا رد له بما كان يلزمهما زال العيب)، وهو تحريف.

يمينه. وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما. قال في «التهذيب»[١]: فإن قال واحد من أهل العلم به: إنه عيب؛ ثبت الرد به. واعتبر صاحب «التتمة» شهادة اثنين. ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الرد؛ فالقول قول المشتري. والله أعلم.

قال:

(ولا يَمتنعُ الرَّدُّ بوطءِ الثَّيِّبِ (ح) والاستخدام، ولا بالزَّوائدِ (ح) المنفصِلة، بل تُسلَّمُ (م) الزَّوائدُ للمُشتري إن حَصَلت بعدَ القَبض، وكذلك[٢] لو حصَلَت قبلَ القَبض؛ على أقيسِ الوَجهَين، والحملُ الموجودُ عندَ العقدِ يُسلَّمُ أيضاً للمُشتَري؛ على أصحِّ القَولَين).

أصل مسائل الفصل أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ، هذا هو المذهب الصحيح. وفيما إذا انفسخ قبل القبض وجه: أنه يرد[٣] العقد من أصله؛ لأن العقد ضعيف بعد، فإذا فسخ فكأنه لا عقد.

وفي «التتمة» ذكر وجه: أنه يرفع العقد من أصله مطلقاً، تخريجاً من القول بوجوب مهر المثل إذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المسيس.

إذا عرف ذلك فالمسائل ثلاث:

إحداها: لا خلاف أن الاستخدام لا يمنع من الرد بالعيب. وأما الوطء؛ فالجارية

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٥٨).

(٢) قوله: «إن حصلت بعد القبض وكذلك» سقط من (ز). (م ع).

(٣) أي: يرفع.

إما بكر أو ثيب، فإن كانت ثيباً؛ فوطء المشتري لا يمنع الرد بالعيب. وإذا رد لم يضم إليه مهراً. وبه قال مالك[1]، وهو رواية عن أحمد[2]. وقال أبو حنيفة[3]: يمنع.

لنا: أنه معنًى لا يوجب نقصاً، ولا يشعر برضاً؛ فأشبه الاستخدام.

ووطء البائع والأجنبي بالشبهة كوطء المشتري، لا يمنع الرد. ووطؤهما[4] عن طواعية[5] منها زنًى، وذلك عيب حادث. هذا إذا وطئت بعد القبض.

فإن وطئها المشتري قبل القبض؛ لم يمنع الرد، ولا يصير قابضاً لها، ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها. وإن تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع؟ فيه وجهان مبنيان على أن العقد إذا انفسخ بتلفٍ قبل القبض، ينفسخ[6] من أصله أو من حينه؟ وفيه وجهان، أصحهما: الثاني[7]. وبه قال ابن سريج.

وإن وطئها أجنبي، فهي زانية، وهو عيب حدث قبل القبض. وإن كانت مكرهة؛ فللمشتري المهر، ولا خيار له بهذا الوطء. ووطء البائع كوطء الأجنبي، لكن لا مهر عليه إن قلنا: إن جناية البائع قبل القبض كالآفة السماوية.

---

(١) «الإشراف» (١/ ٢٦٩).

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ٢٢٠).

(٣) قال الحنفية: اشترى جارية فوطئها أو قبّلها أو مسها بشهوة، ثم وجد بها عيباً، لم يردها مطلقاً، ولو ثيباً، ورجع بالنقصان، لأنه استوفى ماءها وهو جزؤها، فإذا ردها صار كأنه أمسك بعضها. ولأن الرد بعيب فسخ العقد من أصله، فيكون وطؤه في غير مملوكة له، فيكون عيباً يمنع الرد في الثيب. فالبكر يمتنع ردها بالعيب اتفاقاً. انظر: «رد المحتار» (٤/ ٩٤).

(٤) في (ظ) و(ز): (ووطؤها).

(٥) أي: مختارة.

(٦) أي: يرفع.

(٧) أي: لا مهر.

وأما البكر فافتضاضها بعد القبض نقصٌ حادث، وقبله جناية على المبيع قبل القبض. فإن افتضها أجنبي بغير آلة الافتضاض؛ فعليه ما نقص من قيمتها. وإن افتض بآلته؛ فعليه المهر. وأرش البكارة هل يدخل فيه أو يفرد؟ فيه وجهان:

أصحهما: يدخل؛ فعليه مهر مثلها بكراً.

والثاني: يفرد؛ فعليه أرش البكارة، ومهر مثلها ثيباً.

ثم المشتري إن أَجَازَ العقد؛ فالكل له، وإلا فقدر أرش البكارة للبائع؛ لعودها إليه ناقصة، والباقي للمشتري.

وإن افتضها البائع؛ فإن أجاز المشتري؛ فلا شيء على البائع إن قلنا: إن جنايته كالآفة السماوية. وإن قلنا: إنها كجناية الأجنبي؛ فالحكم كما في الأجنبي. وإن فسخ المشتري؛ فليس على البائع أرش البكارة. وهل عليه مهر مثلها ثيباً؟ إن افتض بآلته؛ يبنى على أن جنايته كالآفة السماوية أم لا؟ وإن افتضها المشتري؛ استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها. فإن سلمت حتى قبضها؛ فعليه الثمن بكماله. وإن تلفت قبل القبض؛ فعليه بقدر نقصان الافتضاض من الثمن. وهل عليه مهر مثل ثيب؟ إن افتضها بآلة الافتضاض؛ يبنى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من حينه؟ هذا هو الصحيح. وفيه وجه: أن افتضاض المشتري قبل القبض كافتضاض الأجنبيّ.

المسألة الثانية: الزيادة في المبيع ضربان: متصلة ومنفصلة:

أما المتصلة؛ كالسِّمَنِ وتعلُّم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجرة؛ فهي تابعة[1] لرد الأصل، ولا شيء على البائع بسببها.

وأما المنفصلة؛ كما إذا آجَر المبيع وأخذ أجرته، وكالولد والثمرة وكسب العبد

---

(١) أي: تابعة للأصل.

ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة؛ فإنها لا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري، وبه قال أحمد[١].

وقال أبو حنيفة[٢]: الولد والثمرة يمنعان الرد بالعيب والكسب والغلة لا يمنعانه، لكن إن رد قبل القبض ردهما مع الأصل، وإن رد بعده: بَقِيَا لَهُ.

وقال مالك[٣]: يرد مع الأصل الزيادة التي هي من جنس الأصل؛ وهي الولد، ولا يرد ما كان من غير جنسه، كالثمرة.

لنا: ما روي: أن مخلد بن خفاف ابتاع غلاماً استغله، ثم أصاب به عيباً، فقضى له عمر بن عبد العزيز برده وغلته، فأخبره عروة عن عائشة رضي الله عنها: أن النبي ﷺ قضى في مثل هذا: أن الخراج بالضمان؛ فرد عمر رضي الله عنه قضاءَه، وقضى لمخلد بالخراج[٤]. ومعنى الخبر: أن ما يخرج من المبيع من فائدة وغلة، فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه.

---

(١) «المغني» (٣/ ٥٧٢)، و«كشاف القناع» (٣/ ٢٢٠)، و«المبدع» (٤/ ٨٩). وهذه أرجح الروايتين المنقولتين عن أحمد رحمه الله.

(٢) «تبيين الحقائق» (٤/ ٣٥).

(٣) قلت: ويرد المشتري الولد مع الأصل، وكذلك يرد الثمرة عند المالكية.
انظر: «مواهب الجليل» و«التاج والإكليل» (٤/ ٤٦٣).

(٤) أخرجه البيهقي (٥/ ٣٢١)، في البيوع، باب المشتري يجد بها اشتراه عيباً وقد استغله زماناً، بإسناده عن الشافعي قال: «أخبرني من لا أتهم عن ابن أبي ذئب عن مخلد»، بقصة طويلة اختصرها الرافعي، أما حديث الخراج بالضمان، فأخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٥٨)، برقم (٣٣٦٥)، في البيوع، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم رأى عيباً، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنَّسائي، وقال الترمذي: حديث حسن». والترمذي (٣/ ٥٨١-٥٨٢)، برقم (١٢٨٥)، في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد عيباً، وقال: «حسن صحيح»، وبرقم (١٢٨٦) ثم قال: «حديث صحيح غريب» من حديث عائشة رضي الله عنها. والنسائي (٧/ ٢٥٤-٢٥٥) برقم (٤٤٩٠)، في =

ولا فرق بين الزوائد الحادثة قبل القبض، والزوائد الحادثة بعده، مهما كان الرد بعد القبض. وإن كان الرد قبله؛ ففي الزوائد وجهان، بناء على أن الفسخ ـ والحالة هذه ـ رفع للعقد من أصله أو من حينه؟ والأصح: أنه تسلم للمشتري أيضاً.

وقوله في الكتاب: (وكذلك إن حصلت قبل القبض على أقيس الوجهين)، يقتضي كون الزوائد الحاصلة قبل القبض على وجهين، وإن كان الرد بعد القبض لكنه ليس كذلك، كذا قاله الإمام[1] وغيره، وموضع الوجهين ما إذا كان الرد قبل القبض. فاعرف ذلك.

واعلم أنه لو نقصت البهيمة أو الجارية بالولادة؛ امتنع الرد؛ للنقص الحادث، وإن لم يكن الولد مانعاً، وتكلموا في إفراد الجارية بالرد وإن لم تنقص بالولادة من جهة أنه تفريق بين الأم والولد؛ فقال قائلون: لا يجوز الرد، ويتعين الأرش إلا أن يكون الوقوف على العيب بعد بلوغ الولد سنّاً لا يحرم بعده التفريق. وقال آخرون: لا يحرم التفريق هاهنا للحاجة، وسنذكر نظيره في الرهن.

المسألة الثالثة: عرفت حكم الولد الحادث بعد البيع؛ فأما إذا اشترى جارية أو بهيمة حاملاً، ثم وجد بها عيباً؛ فإن كانت حاملاً بعدُ: ردها كذلك، وإن وضعت الحمل ونقصت بالولادة؛ فلا رد، وإن لم تنقص؛ ففي رد الولد معها قولان، بناء على أن الحمل هل يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن أم لا؟ والأصح: نعم.

= البيوع، باب الخراج بالضمان. وابن ماجَهْ (٢/ ٧٥٤)، برقم (٢٢٤٢-٢٢٤٣)، في التجارات، باب الخراج بالضمان. والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ٢١)، في البيوع، باب بيع المصراة. والحاكم في «المستدرك» (٢/ ١٥)، في البيوع بثلاثة طرق، وسكت عليه هو والذهبي. وابن حبان في «صحيحه» مع «الإحسان» (٧/ ٢١١)، برقم (٤٩٠٦-٤٩٠٧)، في البيوع باب خيار العيب. والدارقطني (٣/ ٥٣) برقم (٢١٣)، (٢١٤) في البيوع. والبيهقي (٥/ ٣٢١)، في البيوع بطرقه. والطيالسي في «المسند» ص٢٠٦. والشافعي في «ترتيب مسنده» (٢/ ١٤٣-١٤٤)، برقم (٤٨٢-٤٨٣).

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٥٥).

ويخرج على هذا الخلاف، أنه هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن؟ وأنه لو هلك قبل القبض هل يسقط من الثمن بحصته؟ وأنه هل للمشتري بيع الولد قبل القبض؟ فإن قلنا: له قسط من الثمن: جاز الحبس وسقط الثمن، ولم يجز البيع، وإلا انعكس الحكم.

ولو اشترى نخلة عليها طلعٌ غير مؤبر، ووجد بها عيباً بعد التأبير؛ ففي الثمرة طريقان:

أظهرهما: أنه على القولين في الحمل تشبيهاً للثمرة في الكِمَام بالحمل في البطن.

والثاني: القطع بأنها تأخذ قسطاً من الثمن؛ لأنه مشاهدة متيقنة.

ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً فَحَبِلَتْ ثم اطلع على عيب، فإن نقصت بالحمل: فلا رد إن كان الحمل في يد المشتري، وإن لم تنقص أو كان الحمل في يد البائع: فله الرد؛ وحكم الولد مبني على الخلاف السابق:

إن قلنا: إنه يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن: يبقى للمشتري فيأخذه إذا انفصل.

وحكى القاضي الماوردي وجهاً آخر: أنه للبائع؛ لاتصاله بالأم عند الرد[1].

وإن قلنا: إنه لا يعرف ولا يأخذ قسطاً؛ فهو للبائع، ويكون تبعاً للأم عند الفسخ، كما يكون تبعاً لها عند العقد، وأطلق بعضهم القول بأن الحمل الحادث نقص، أما في الجواري؛ فلأنه يؤثر في الجمال والنشاط، وأما في البهائم؛ فلأنه يُنْقِصُ لحمَ المأكول ويُخِلّ بالحمل عليها والركوب. ولو اشترى نخلة واطلعت في يده ثم اطلع على عيب فلمن الطلع؟ فيه وجهان.

ولو كان على ظهر الحيوان صوفٌ عند البيع، فَجَزَّه ثم عرف به عيباً: رد الصوف

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٤٦).

مَعه، فإن استنجز ثانياً وجزه ثم عرف العيب: لم يَرُدَّ الثانِي بحدوثه في ملكه، وإن لم يجز رده تبعاً.

ولو اشترى أرضاً فيها أصول الكرَّاث ونحوه، وأدخلناها في البيع فنبت في يد المشتري ثم عرف بالأرض عيباً؛ يردها ويبقى النابت للمشتري؛ فإنها ليست تبعاً للأرض. ألا ترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه؟ والله أعلم.

قال رحمه الله:

(والإقالةُ فسخٌ (م)؛ على الجديدِ الصَّحيح، ولا يَتوقَّفُ الرَّدُّ بالعَيبِ على حضورِ الـخَصمِ وقضاءِ القاضي (ح)).

الإقالة بعد البيع جائزة، بل إذا ندم أحدُهما على الصفقة، استُحِبَّ للآخر أن يقيله. روي: أنه ﷺ قال: «من أقال أخاه المسلم صفقة كرهها أقاله الله عثرته يوم القيامة»[1].

والإقالة: أن يقول الـمتبايعان: «تقايلنـا»، أو: «تفاسخنـا»، أو يقول أحدهما: «أَقَلْتُ»، ويقول الآخر: «قبلت»، وما أشبه ذلك، وفي كونها بيعاً أو فسخاً قولان:

---

(١) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٩٧)، برقم (٣٣١٥)، في البيوع، باب في فضل الإقالة. وابن ماجَهْ (٢/ ٧٤١) برقم (٢١٩٩)، في التجارات، باب الإقالة، وكلاهما بلفظ: «من أقال مسلماً أقال الله عثرته»، وزاد عليه ابن ماجَهْ: «يوم القيامة»، وسكت عليه أبو داود، والمنذري على حديث أبي داود، فهو حجة. والحاكم (٢/ ٤٥)، في البيوع، بلفظ: «من أقال مسلماً أقال الله عثرته»، وصححه الحاكم والذهبي على شرط الشيخين. وابن حبان في «صحيحه» مع «الإحسان» (٧/ ٢٤٣)، برقم (٥٠٠٧-٥٠٠٨)، في باب الإقالة، بلفظ: «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»، وبلفظ: «من أقال مسلماً عثرته، أقاله الله عثرته يوم القيامة» وهما في «صحيحه»، وكلهم رووه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

أحدهما ـ وبه قال مالك[١] ـ: أنها بيع؛ لأنها نقلُ ملك بعوض بإيجاب وقبول، فأشبهت التولية.

وأصحهما: أنها فَسْخٌ؛ إذ لو كانت بيعاً لصحت مع غير البائع وبغير الثمن[٢]. وذهب بعضهم إلى أن القولين في لفظ الإقالة. فأما إذا قالا: «تفاسخنا»؛ فهو فسخ لا محالة.

واعلم أن القول الثاني منصوص في الجديد، وأما الأول؛ فمنهم من حكاه وجهاً، والأكثرون نقلوه عن نصه في القديم.

وعن أبي حنيفة[٣]: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، بيع في حق غيرهما.

التفريع:

إن كانت بيعاً؛ تجدد بها الشفعةُ، وإن كانت فسخاً؛ فلا. خلافاً لأبي حنيفة[٤]. ولو تقايلا في الصرف؛ وجب التقابض في المجلس إن كانت بيعاً، وإن كانت فسخاً؛ فلا. وتجوز الإقالةُ قبل قبض المبيع، إن كانت فسخاً. وإن كانت بيعاً؛ فهي كبيع المبيع من البائع قبلَ القبض. وتجوز في السلم قبل القبض إن كانت فسخاً، وإن كانت بيعاً؛ فلا. ولا تجوز الإقالة بعد تلف المبيع إن كانت بيعاً، وإن كانت فسخاً؛ فوجهان:

أحدهما: المنع، كالرد بالعيب.

---

(١) «الإشراف» (١/ ٢٨٢).

(٢) في (ظ): (الثمن الأول).

(٣) «تبيين الحقائق» (٤/ ٧٠).

(٤) الإقالة بيع في حق غير البائع والمشتري عند أبي حنيفة رحمه الله، كما سبق. قال في «تبيين الحقائق» (٤/ ٧٢): «لو كان المبيع عقاراً فَسَلّم الشفيع الشفعة ثم تقايلا، يقضي له بالشفعة، لكونه بيعاً جديداً، كأنه اشتراه منه».

وأصحهما: الجواز، وهو اختيار أبي زيد كالفسخ بالتحالف.

فعلى هذا يرد المشتري على البائع مثل المبيع إن كان مثليّاً، وقيمتَه إن كان متقوماً. ولو اشترى عبدين وتلف أحدهما؛ ففي الإقالة في الثاني وجهان بالترتيب[١]؛ إذ القائم تصادفه الإقالة فيستتبع التالف. وإذا تقايلا والمبيع في يد المشتري بعد؛ لم ينفذ تصرف البائع فيه إن كانت[٢] بيعاً، ونفذ إن كانت فسخاً. فإن تلف في يده: انفسخت الإقالة إن كانت بيعاً، وبقي البيع بحاله. وإن كانت[٣] فسخاً؛ فعلى المشتري الضمان؛ لأنه مقبوض على حكم العوض، كالمأخوذ قرضاً أو سَوْماً. والواجب فيه إن كان متقوماً، أقلُّ القيمتين من يوم العقد والقبض.

ولو تعيب في يده؛ فإن كان بيعاً: تخير البائع بين أن يجيز الإقالة، ولا شيء له، وبين أن يفسخ ويأخذ الثمن. وإن كان فسخاً: غرم أرش العيب، ولو استعمله بعد الإقالة؛ فإن جعلناها بيعاً: فهو كالمبيع يستعمله البائع، وإن جعلناها فسخاً: فعليه الأجرة.

ولو عرف البائع بالمبيع عيباً كان قد حدث في يد المشتري قبل الإقالة؛ فلا رد له إن كانت فسخاً، وإن كانت بيعاً؛ فله رده، ويجوز للمشتري حبس المبيع لاسترداد الثمن على القولين.

ولا يشترط ذِكر الثمن في الإقالة، ولا تصح إلا بذلك الثمن، فلو زاد أو نقص: فسدت وبقي البيع بحاله، حتى لو أقاله على أن ينظره بالثمن، أو على أن يأخذ الصِّحاح عن المكسرة: لم يجز.

---

(١) في (ظ): (ففي الإقالة الباقي بالترتيب).

(٢) في (ز): (كان).

(٣) في (ز): (كان).

وتجوز للورثة الإقالة بعد موت المتبايعين.

وتجوز الإقالة في بعض المبيع كما تجوز في كله. قال الإمام[1] رحمه الله: هذا إذا لم تلزم جهالة، أما إذا اشترى عبدين وتقايلا في أحدهما مع بقاء الثاني؛ لم يجز على قولنا: إنه بيع؛ للجهل بحصةِ كل واحدٍ منهما.

وتجوز الإقالة في بعض المسلَم فيه أيضاً، لكن لو أقاله في البعض ليعجل له الباقي، أو عجل المسلم إليه البعض ليقيله في الباقي؛ فهي فاسدة[2].

وأما قوله: (ولا يتوقف الرد بالعيب) إلى آخره، فقد ذكرته من قبل.

ونختم الباب بفروع:

أحدها: الثمن المعين إذا خرج معيباً يرد بالعيب، وإن لم يكن معيباً فيستبدل ولا يفسخ العقد سواء خرج معيباً بخشونةٍ أو سوادٍ، أو ظهر أن سكّته مخالفةٌ لسكة النقد الذي تناوله العقد، أو خرج نحاساً أو رصاصاً.

ولو تصارفا وتقابضا ثم وجد أحدهما بما قبضه خللاً؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يرد العقد على معينين، فإن خرج أحدهما نحاساً؛ فالعقد باطل؛

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٥٠٦).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٤٩٦): «قلت: قال القفال في شرحه «التلخيص»: «ولو تقايلا ثم اختلفا في الثمن، ففيه ثلاثة أوجه، سواء قلنا: الإقالة بيع أو فسخ:

أصحها ـ وهو قول ابن المرزبان ـ: أن القول قول البائع.

والثاني: قول المشتري.

والثالث: يتحالفان وتبطل الإقالة.

قال الدارمي: وإذا تقايلا وقد زاد المبيع، فالزيادة للمشتري وغيرها للبائع. قال: ولو اختلفا في وجود الإقالة، صدق منكرها. قال: ولو باعه، ثم تقايلا بعد حلول الأجل، ودفع المال، استرجعه المشتري في الحال، ولا يلزمه أن يصبر قدر الأجل. وإن لم يكن دفعه: سقط وبرئا جميعاً. والله أعلم».

لأنه بان أنه غير ما عقد عليه. وقيل: إنه صحيح؛ تغليباً للإشارة. وهذا إذا كان له قيمة، فإن لم يكن: لم يجئ فيه هذا الخلافُ.

وإن خرج بعضه بهذه الصفة؛ بطل العقد فيه، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة؛ إن لم تبطل: فله الخيار، فإن أجاز والجنس مختلف، بأن تبايعا فضة بذهب؛ جاء القولان في أن الإجازة بجميعِ الثمنِ أو بالحصّةِ؟

وإن كان بالجنس متفقاً؛ فالإجازة بالحصة لا محالة؛ لامتناع الفضل.

وإن خرج أحدهما خشناً أو أسود، فلمن أخذه الخيار، ولا يجوز الاستبدال.

وإن خرج بعضُه كذلك؛ فله الخيار أيضاً، وهل له الفسخ في المعيب، والإجازة في الباقي؟ فيه قَوْلَا التفريق، فإن جوزنا: فالإجازة بالحصة؛ لأن العقد صح في الكل، فإذا ارتفع في البعض كان بالقسط.

الحالة الثانية: أن يرد على ما في الذمة ثم يحضرا ويتقابضا، فإن خرج أحدهما نحاساً وهما في مجلس العقد: استبدل، وإن تفرقا؛ فالعقد باطل؛ لأن المقبوضَ غيرُ ما ورد عليه العقد، وإن خرج خشناً أو أسود؛ فإن لم يتفرقا بعد؛ فهو بالخيار بين الرضا به وبين الاستبدال، وإن تفرقا فهل له استبداله؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه قبضه بعد التفرق.

وأصحهما: نعم، كالمسلم فيه إذا خرج معيباً؛ وهذا لأن القبض الأول صحيحٌ؛ إذ لَوْ رضي به جاز. والبدل مأخوذ، فقام مقام الأول، ويجب أخذ البدل قبل التفرق عن مجلس الرد. وإن خرج البعض كذلك وقد تفرقا؛ فإن جوزنا الاستبدال: استبدله، وإلا فهو بالخيار بين فسخ العقد في الكل والإجازة. وهل له الفسخ في ذلك القدر والإجازة في الباقي؟ فيه قولا التفريق.

ورأس مال السلم حكمه حكم عوض الصرف، ولو وجد أحد المتصارفين بما

أخذ عيباً بعد تلفه، أو تبايعا طعاماً بطعام ثم وجد أحدهما بالمأخوذ عيباً بعد تلفه: نظر: إن ورد العقد على معينين[1]، أو على ما في الذمة وعين وقد تفرقا، ولم نجوز الاستبدال؛ فإن كان الجنس مختلفاً: فهو كبيع العرض بالنقد، وإن كان متفقاً: ففيه الخلاف الذي سبق في مسألة الحلي. وإن ورد على ما في الذمة ولم يتفرقا بعد: غرم ما تلف عنده ويستبدل، وكذا إن تفرقا وجوزنا الاستبدال.

ولو وجد المسلم إليه برأس مال السلم عيباً بعد تلفه عنده؛ فإن كان معيناً أو في الذمة وعين وقد تفرقا ولم نجوز الاستبدال؛ فيسقط من المسلم فيه بقدر نقصان العيب من قيمة رأس المال، وإن كان في الذمة وهما في المجلس: يغرم التالف ويستبدل، وكذا لو كان بعد التفرق إذا جوزنا الاستبدال.

[الفرع] الثاني: باع عبداً بألف وأخذ بالألف ثوباً، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ورده؛ فعن القاضي أبي الطيب: أنه يرجع بالثوب؛ لأن الثوب إنما ملكه بالثمن، فإذا فسخ البيع: سقط الثمن عن ذمة المشتري؛ فيفسخ بيع الثوب به. وقال الأكثرون: يرجع بالألف؛ لأن الثوب مملوك بعقد آخر. ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البَيْع؛ قال ابن سريج: يرجع بالألف دون الثوب؛ لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ولا يرفعه من أصله، وهو الأصح، وفيه وجه آخر.

[الفرع] الثالث: باع عصيراً حلواً فوجد المشتري به عيباً بعدما تخمر؛ فلا سبيل إلى رد الخمر، لكن يأخذ الأرش، فإن تخلل؛ فللبائع أن يسترده ولا يدفع الأرش. ولو اشترى ذمي خمراً من ذمي ثم أسلما، وعرف المشتري بالخمر عيباً: استرد جزءاً من الثمن على سبيل الأرش ولا رَدَّ، ولو أسلم البائع وحده: فلا رد أيضاً، ولو أسلم المشتري وحده: فله الرد، كذا قاله ابن سريج، وعلله بأن المسلم لا يتملك الخَمر، ولكن يزيل يده عنه.

---

(١) في (ظ): (معين).

[الفرع] الرابع: مؤونة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب على المشتري، ولو هلك في يده ضمنه.

[الفرع] الخامس: لو اختلفا في الثمن بعد رد المبيع؛ فعن أبي الحسين: أن ابن أبي هريرة قال: أعيتني هذه المسألة، والأولى أن يتحالفا، وتبقى السلعة في يد المشتري، وله الأرش على البائع. قيل له: إذا لم يتبين الثمن كيف يعرَف الأرش؟ قال: احكم بالأرش من القدر المتفق عليه. قال أبو الحسين: وحكى أبو محمد الفارسي[1] عن أبي إسحاق أن القول قول البائع؛ لأنه الغارم، كما لو اختلفا في الثمن بعد الإقالة، وهذا هو الصحيح. ولو دفعت[2] الحاجة إلى الرجوع بالأرش فاختلفا في الثمن؛ فالقول قول البائع أو المشتري؟ روى القاضي ابن كج فيه قولين، والأصح: الأول.

الفرع السادس: أوصى إلى رجل ببيع عبده أو ثوبه وشراء جارية بثمنه وإعتاقها، ففعل الوصي ذلك ثم وجد المشتري عيباً بالعبد؛ فله رده على الوصي ومطالبته بالثمن، كما يرد على الوكيل، والوصي، يبيع العبد المردود ويدفع الثمن إلى المشتري. ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل، فهل للوكيل بيعه ثانياً؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[3] ـ: نعم كالوصي[4]؛ ليتم البيع على وجه لا يرد عليه.

وأصحهما: لا؛ لأنه امتثل المأمور، وهذا ملك جديد فيحتاج فيه إلى إذن جديد

---

(١) هو أبو محمد أحمد بن ميمون الفارسي، ذكره العبادي في «الطبقات» ونقل عنه.
انظر: «طبقات الشافعية» الإسنوي برقم (٨٦٩).

(٢) في (ظ): (وقعت).

(٣) قال في «الدر المختار» مع «رد المحتار» (٤/ ٤٠٣): «للوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده»، وظاهره أن الوكالة إذا كانت عامة كقول الموكل: «أنت وكيلي في كل شيء»، صح شراء الوكيل.

(٤) في (ظ): (كما لو أوصى).

ويخالف الإيصاء؛ فإنه تولية وتفويض كلي، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري، فامتثل ورد المشتري؛ فإن قلنا: ملك البائع لم يزل، فله بيعه ثانياً. وإن قلنا: زال وعاد؛ فهو كالرد بالعيب.

ثم إذا باعه الوصي ثانياً: نظِر: إن باعه بمثل الثمن الأول؛ فذاك، وإن باعه بأقل؛ فالنقصان على الوصي أو في ذمة الموصي؟ فيه وجهان، أصحهما: الأول. وبه قال ابن الحداد؛ لأنه إنما أمره بشراء الجارية بثمن العبد لا بالزيادة عليه. وعلى هذا: لو مات العبد في يده كما رد؛ غرم جميع الثمن.

ولو باعه بأكثر من الثمن الأول؛ فإن كان ذلك لزيادة قيمةٍ أو رغبةِ راغب؛ دفع قدر الثمن إلى المشتري، والباقي للوارث، وإن لم يكن كذلك؛ فقد بان أن البيعَ الأول باطل للغبن. ويقع عتق الجارية عن الوصي بأن اشترى الجارية في الذمة، فإن اشتراها بعين ثمن العبد: لم ينفذ الشراء، ولا[1] الإعتاق، وعليه شراء جارية أخرى بهذا الثمن وإعتاقها عن الموصي. هكذا أطلقه الأصحاب، ولا بد فيه من تقييدٍ وتأويلٍ؛ لأن بيعه بالعين[2] وتسليمه عن علم وبصيرة بالحال خيانة، والأمين ينعزل بالخيانة؛ فلا يتمكن من شراء جارية أخرى[3]. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (و).

(٢) في «الروضة»: (بالغبن).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٠٠): «قلت: ليس في كلام الأصحاب أنه باع بالغبن عالماً. فالصورة مفروضة فيمن لم يعلم الغبن. ولا يحتاج إلى تكلّف تصويرها في العالم، وإن القاضي جدّد له ولاية. وهذه المسائل ألحقتها: لو اشترى سلعة بألف في الذمة فقضاه عنه أجنبي متبرعاً فردت السلعة بعيب: لزم البائع رد الألف. وعلى من يرد؟ وجهان: أحدهما: على الأجنبي، لأنه الدافع. والثاني: على المشتري، لأنه يقدر دخوله في ملكه. =

قال رحمه الله:

(النَّظرُ الثالث: في حكمِ المبيعِ[1] قبلَ القَبضِ وبعدَه، ولا بدَّ من بيانِ حُكمِ القَبضِ وصورتِه ووجوبِه؛ أما الحكم: فهو انتقالُ الضَّمانِ إلى المُشتري والتَّسلطُ على التَّصرُّف؛ إذ المبيعُ قبلَ القَبضِ في ضمانِ البائع (م أ)، ولو تَلِفَ انفسخَ العَقد (و)، وإتلافُ الـمُشتري قبضٌ منه (و)، وإتلافُ الأجنبيِّ لا يوجبُ الانفساخ؛ على أصحِّ القَولَين، ولكن يثبتُ الخِيارُ للمشتري، وإتلافُ البائعِ كإتلافِ الأجنبيّ (ح)؛ على الأصحّ (و)).

مقصود هذا النظر بيان حكم المبيع[2] قبل القبض وبعده على ما فصلناه في أول البيع. وتكلم حجة الإسلام رحمه الله[3] فيه في ثلاثة أمور:

أحدها: حكم القبض وثمرته.

والثاني: أن القبض بم يحصل؟

= فإذا رد المبيع، رد إليه ما قابله. وبهذا الوجه قطع صاحب «المعاياة»، ذكره في باب الرهن. قال: «ولو خرجت السلعة مستحقة، رد الألف على الأجنبي قطعاً، لأنّا تبينا أن لا ثمن ولا بيع». قال أصحابنا: إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب: خيار المجلس والشرط والعيب وخلف المشروط المقصود والإقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل المقبض.

قال القفال والصيدلاني وآخرون: لو اشترى ثوباً وقبضه وسلّم ثمنه، ثم وجد بالثوب عيباً قديماً فردّه، فوجد الثمن معيباً ناقص الصفة بأمر حدث عند البائع: يأخذه ناقصاً، ولا شيء له بسبب النقص. وفيه احتمال لإمام الحرمين في «نهاية المطلب» (٣/ ١٨٢). ذكره في باب تعجيل الزكاة. والله أعلم».

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (العقد).

(٢) في (ظ) و(ز): (البيع).

(٣) في (ظ): (وتكلم المصنف فيه).

والثالث: وجوبه والإجبار عليه.

أما الأول: فللقبض حكمان:

أحدهما: انتقال الضمان إلى المشتري، فإن المبيع قبل القبض مِنْ ضمان البائع. ومعناه: أنه لو تلف انفسخ العقد وسقط الثمن.

وعن مالك[1] وأحمد[2] ـ فيما رواه ابن الصباغ ـ: أنه إذا لم يكن المبيع مكيلًا ولا موزوناً ولا معدوداً؛ فهو من ضمان المشتري.

ومنهم من أطلق رواية الخلاف[3] عنهما.

لنا: أنه قبض مستحق بالبيع، فإذا تعذر: انفسخ البيع، كما لو تفرقا في عقد الصرف قبل التقابض.

إذا تقرر ذلك، فلو أبرأ المشتري البائع عن ضمان المبيع قبل القبض، هل يبرأ حتى لو تلف لا ينفسخ العقد[4] ولا يسقط الثمن؟ نقل صاحب «التهذيب»[5] فيه قولين، أصحهما: أنه لا يبرأ. وحُكْمُ العقد لا يتغير، ثم إذا انفسخ البيع كان المبيع هالكاً على ملك البائع، حتى لو كان عبداً كان مؤونة تجهيزه على البائع. وكيف التقدير؟ أنقول

---

(١) قال في «جواهر الإكليل» (٢/ ١٣٤): «إن ضمان المبيع الصحيح الحاضر الذي لا حق توفية فيه ولا عهدة ثلاث ولا شرط خيار ينتقل للمشتري بمجرد العقد». وانظر: «حاشية الدسوقي» (٣/ ١٥٢)، و«التاج والإكليل» (٤/ ٤٨٢).

(٢) «المغني» (٤/ ١٢٤).

(٣) انظر المراجع السابقة لمالك وأحمد.

(٤) في (ظ): (البيع).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٧٤).

بانتقال الملك إليه قبل الهلاك أو يرتفع العقدُ من أصله؟ فيه وجهان، أخرجهما[١] ابن سريج، أصحهما ـ وهو اختياره واختيار ابن الحداد ـ: أنه لا يرتفع من أصله كما في الرد بالعيب.

والزوائد الحادثة في يد البائع، من الولد واللبن والبيض والكسب وغيرهما، تُخَرَّجُ على هذين القولين، وقد ذكرنا نظيرهما في الرد بالعيب قبل القبض، وطَرَّدَهما طاردون في الإقالة إذا جعلناها فسخاً، وخرجوا عليهما الزوائد. والأصح فيها جميعاً: أنها للمشتري، وتكون أمانة في يد البائع. ولو هلكت والأصل باق؛ فالبيع باق[٢] بحاله، ولا خيار للمشتري.

وفي معنى الزوائد: الركاز[٣] الذي يجده العَبد، وما وهب منه فقبله وقبضه، وما أوصى له فقبله. هذا حكم التالف بالآفة السماوية.

أما إذا أتلف المبيعَ قبل القبض؛ فله ثلاثة أقسام:

الأول: أن يتلفه المشتري؛ فهو قبضٌ منه على المذهب، لأنه أتلف ملكه، فأشبه ما إذا أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب، يبرأ الغاصب من الضمان، ويصير المالك مستردّاً بالإتلاف. وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهاً؛ أن إتلافه ليس بقبض، ولكن عليه القيمة للبائع ويسترد الثمن، ويكون التلف من ضمان البائع، هذا عند العلم.

أما إذا كان جاهلاً؛ بأن قدَّم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، هل يجعل قابضاً؟ قال القاضي حسين رحمه الله: فيه وجهان، تفريعاً على القولين فيما إذا قدّم

---

(١) في (ز): (خرجهما).

(٢) قوله: (فالبيع باق) سقط من (ظ).

(٣) الرِّكاز: هو المال المدفونُ في الجاهلية، فِعَالٌ بمعنى مفعول، كالبساط بمعنى المبسوط، والكتاب بمعنى المكتوب. ويقال: هو المَعْدِنُ. انظر: «المصباح المنير»، مادة: ركز.

الغاصب الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً، هل يبرأ الغاصب؟

إن لم نجعله قابضاً؛ فهو كما لو أتلف[١] البائع.

والثاني: أن يُتْلِفه أجنبيٌّ؛ ففيه طريقان:

أظهرهما: أنه على قولين:

أحدهما: أنه كالتلف بآفة سماوية؛ لتعذر التسليم.

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[٢] وأحمد[٣] ـ: أنه ليس كذلك، ولا ينفسخ البيع لقيام القيمة مقام المبيع، لكن للمشتري الخيار؛ إن شاء فسخ واسترد الثمن ويغرم البائع الأجنبي، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي.

والثاني: القطع بالقول الثاني، ويحكى هذا عن ابن سريج.

وإذا قلنا[٤] به: فهل للبائع حبس القيمة لأخذ الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يحبس المرتهن قيمة المرهون.

وأظهرهما: لا؛ لأن الحبس غير مقصود بالعقد حتى ينتقل إلى البدل، بخلاف الرهن؛ ولهذا لو أتلف الراهن المرهون: غرم القيمة، والمشتري إذا تلف المبيع: لا يغرم القيمة ليحبسها البائع.

---

(١) في (ز): (أتلفه).

(٢) قال في «رد المختار» (٤/ ٤٦): «وإن كان هلاك الكل قبل قبضه بفعل أجنبي، يتخير المشتري: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجاز وضمن المستهلك».

(٣) فإن هلك المبيع بيد أجنبي: خيرّ البائع بين الفسخ ويرجع فيها وبين الإمضاء ومطالبة من كانت بيده بمثله عند الحنابلة. انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢٤٤).

(٤) أي: بالقول الثاني.

وعلى الأول: لو تلفت القيمة في يده بآفة سماوية هل ينفسخ البيعُ؟ لأنها بدل المبيع؛ فيه وجهان، أظهرهما: لا[١].

والثالث: أن يُتْلِفه البائع؛ فطريقان:

أظهرهما: أنه على قولين:

أصحهما: انفساخ البيع، كما في الآفة السماوية؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن، وبهذا قال أبو حنيفة[٢].

والثاني: المنع، كإتلاف الأجنبي؛ لأنه جنى على ملك غيره، فعلى هذا: إن شاء المشتري فسخ البيع وسقط الثمن، وإن شاء أجاز وغرم القيمة البائع، وأدى الثمن، وقد يقع ذلك في أقوال التقاص[٣].

والثاني[٤]: القطع بالقول الأول، فإن لم نحكم بالانفساخ: عاد الخلاف في حبس القيمة. وعن الشيخ أبي محمد: القطع بأنه لا حبس هاهنا؛ لتعديه بإتلاف العين.

ولو باع شقصاً من عبد وأعتق باقيه قبل القبض وهو موسر: عتق كله، وانفسخ البيع، وسقط الثمن إن جعلنا إتلاف البائع كالآفة السماوية، وإن جعلناه كإتلاف الأجنبي: فللمشتري الخيار.

ولو استعمل البائع المبيع قبل القبض فلا أجرة عليه إن جعلنا[٥] إتلافه كالآفة السماوية، وإلا فعليه الأجرة.

---

(١) في (ظ): (نعم).

(٢) قال في «رد المحتار» (٤/ ٤٦): «أنه إن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع: يبطل البيع».

(٣) أي: يرضى كل مما قدَّمه صاحبه.

(٤) أي: الطريق الثاني.

(٥) من قوله: (إتلاف البائع) إلى هنا سقط من (ظ).

وإتلاف الأعجمي والصبي الذي لا يميز بأمر البائع أو المشتري كإتلافهما، وإتلاف المميز بأمرهما كإتلاف الأجنبي.

وذكر القاضي الحسين رحمه الله: أن إذن المشتري للأجنبي في الإتلاف يلغو، وإذا أتلف: فله الخيار، وأنه لو أذن البائع في الأكل والإحراق ففعل: كان التلف من ضمان البائع بخلاف ما إذا أذن للغاصب ففعل: يبرأ؛ لأن الملك ثَم مستقر. ورأيتُ في «فتاوى القفال»: أن إتلاف عبد البائع كإتلاف الأجنبي، وكذا إتلاف عبد المشتري بغير إذنه، فإن أجاز: جعل قابضاً، كما لو أتلفه بنفسه، وإن فسخ اتبع البائع الجاني، وأنه لو كان المبيع علفاً فاعتلفه حمار المشتري بالنهار: ينفسخ البيع، وإن اعتلفه بالليل: لا ينفسخ، وللمشتري الخيار، فإن أجاز: فهو قابض، وإلا طالبه البائع بقيمة ما أتلفه حماره، وفي بهيمة البائع، أطلق القول بأن[1] إتلافها كالآفة السماوية. قيل له: هلاّ فرقتَ أيضاً بين الليل والنهار؟ فقال: هذا موضع التروي.

ولو صال[2] العبد المبيع على المشتري في يد البائع فقتله؛ دفعاً؛ فعن الشيخ أبي علي: أنه لا يستقر الثمن عليه، وعن القاضي: أنه يستقر[3]؛ لأنه أتلفه في غرض نفسه.

ولو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع؛ فللبائع الاسترداد إذا ثبت له حق الفسخ، وإن أتلفه في يد المشتري؛ ففيه قولان عن رواية صاحب «التقريب»:

---

(١) في (ظ): (بـ).

(٢) صال الفحلُ يَصول صولًا: وثَبَ، قال أبو زيد: إذا وثب البعير على الإبل يقاتلها. «المصباح المنير»، مادة صول.

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٠): «قلت: قول أبي علي أصح، ولهذا لا يضمنه الأجنبي ولا المحرم لو كان صيداً. وكذا لو صال المغصوب على مالكه فقتله، دفعاً: لم يبرأ الغاصب، سواء علم أنه ملكه أم لا. وفي العالم وجه شاذ سيأتي إيضاحه في أول كتاب الغصب، إن شاء الله تعالى. والله أعلم».

أحدهما: أن عليه القيمة، ولا خيار للمشتري؛ لاستقرار العقد بالقبض، وإن كان ظالماً فيه.

والثاني: أنه يجعل مستردّاً بالإتلاف، كما أن المشتري قابض بالإتلاف. وعلى هذا؛ فينفسخ البيع أو يثبت الخيار للمشتري؟ قال الإمام رحمه الله: الظاهر الثاني(١).

واعلم أن وقوع الدُّرّة في البحر قبل القبض بمثابة التلف، ينفسخ به البيع. وكذا انفلات الطير والصيد المتوحش. قاله في «التتمة»، ولو غَرَّقَ البحرُ الأرضَ المشتراة، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل بجنبها، أو لبسها رمل؛ فهي بمثابة التلف أو أثرها ثبوت الخيار؟ فيه وجهان، الأشبه: الثاني.

ولو أبق العبد قبل القبض، أو ضاع في انتهاب العسكر: لم ينفسخ البيع؛ لبقاء المالية ورجاء العود. وفيه وجه؛ أنه ينفسخ كما في التلف. ولو غصبه غاصب؛ فليس إلا الخيار، فإن أجاز: لم يلزمه تسليم الثمن، وإن سلمه؛ فعن القفال: أنه ليس له الاسترداد؛ لتمكنه من الفسخ. وإن أجاز ثم أراد الفسخ؛ فله ذلك. كما لو انقطع المسلم فيه فأجاز ثم أراد الفسخ؛ لأنه يتضرر كل ساعة. وحكى عن جواب القفال مثله فيما إذا أتلف الأجنبي المبيع قبل القبض، وأجاز المشتري ليتبع(٢) الجاني ثم أراد الفسخ. وقال القاضي: في هذه الصورة وجب أن لا يمكن من الرجوع؛ لأنه رضي بما في ذمة الأجنبي، فأشبه الحوالة.

ولو جحد البائع العين قبل القبض؛ فللمشتري الفسخ؛ لحصول التعذر.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٠٥).

(٢) أي: الأجنبي.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: (أما الحكم فهو انتقال الضمان إلى المشتري والتسليط على التصرف)، ترجمة لحكمي القبض معاً. وشرح الحكم الثاني وتفصيله يبتدئ من قوله: (وقد نهى رسول الله ﷺ)، وما قبل ذلك يتعلق بالحكم الأول.

وقوله: (في ضمان البائع)، معلم بالميم والألف، وكذا قوله: (انفسخ العقد).

وقوله: (قبض منه)، بالواو؛ للطريقة الجازمة.

وقوله: (كإتلاف الأجنبي على الأصح)، جواب على طريقة إثبات القولين، فيجوز إعلام قوله: (الأصح)، بالواو، وإعلام قوله: (كإتلاف الأجنبي)، بالحاء؛ لما سبق.

ثم قضية ما ذكروه: أن يكون الأصح في إتلاف البائع ثبوت الخيار، لا الانفساخ؛ لأن الأمر كذلك في إتلاف الأجنبي، لكن جمهور الأصحاب رحمهم الله على أن الانفساخ أصح. فاعرف ذلك.

فرع منقول عن «فتاوى القاضي»: باع عبداً من رجل، ثم باعه من آخر وسلمه إليه وعجز عن انتزاعه وتسليمه إلى الأول؛ فهذا جناية منه على المبيع؛ فينزل منزلة الجناية الحسية، حتى ينفسخ البيع في قولٍ، ويثبت للمشتري الخيار في الثاني، بين أن يفسخ وبين أن يجيز ويأخذ القيمة من البائع. ولو أنه طالب البائع بالتسليم وزعم قدرته عليه، وقال البائع: «أنا عاجز»: حلف عليه، فإن نكل: حلف المدعي على أنه قادر، ثم حبس إلى أن يسلم أو يقيم بينته على عجزه. ولو ادعى المشتري الأول على الثاني العلم بالحال فأنكر؛ حلفه[1]، فإن نكل: حلف هو وأخذه منه.

---

(١) في (ظ): (حلف).

قال:

(وإن تعيَّبَ بآفةٍ سماويّةٍ قبلَ القَبض: فللمُشتري الخِيار، فإن أجاز: يُجيزُ بكلِّ الثَّمنِ، ولا يُطالَبُ بالأرش، إلا أن يكونَ التَّعيُّبُ بجنايةِ أجنبيٍّ؛ فيُطالبُه بالأرش، وكذا إن كانَ بجنايةِ البائع؛ على الأصحّ).

ذكرنا حكم المتلف والإتلاف الكليين[١] قبل القبض؛ فأما إذا طرأ عيب أو نقصان: نظِر: إن كان بآفة سماوية، كما إذا عمي العبد أو شلّت يده أو سقطت؛ فللمشتري الخيار: إن شاء فسخ، وإلا أجاز بجميع الثمن ولا أرش له مع القدرة على الفسخ.

وإن كان بجناية جان: عادت الأقسام الثلاثة:

أولها: أن يكون الجاني المشتري، فإذا قطع يد العبد ـ مثلاً ـ قبل القبض؛ فلا خيار له؛ لحصول النقص بفعله، بل يمتنع بسببه الرد بسائر العيوب القديمة أيضاً، ويجعل قابضاً لبعض المبيع حتى يستقر عليه ضمانه، وإن مات العبد في يد البائع بعد الاندمال[٢]؛ فلا يضمن[٣] اليد المقطوعة بأرشها المقدر ولا بما نقص من القيمة بالقطع، وإنما يضمنها بجزء من الثمن، كما يضمن الكل بالثمن. وفي مقداره[٤] وجهان:

أصحهما ـ وبه قال ابن سريج وابن الحداد ـ: أنه يقوَّم العبد صحيحاً، ثم يقوَّم مقطوعاً، ويعرف التفاوت بينهما، فيستقر عليه من الثمن بمثل تلك النسبة. بيانه: إذا قوم صحيحاً بثلاثين ومقطوعاً بخمسة عشر؛ فعليه نصف الثمن. ولو قوم مقطوعاً بعشرين؛ فعليه ثلث الثمن.

---

(١) في (ظ): (الطارئين).

(٢) هو: تراجع الجرحِ إلى البرء. «المصباح المنير»، مادة: دمل.

(٣) أي: المشتري.

(٤) في (ظ) و(ز): (معياره).

والثاني[١] ـ ويحكى عن القاضي أبي الطيب ـ: أنه يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من القيمة؛ وهو النصف. وعلى هذا: لو قطع يديه واندملتا ثم مات العبد في يد البائع: وجب على المشتري تمام الثمن، وهذا كله تفريع على المذهب الصحيح؛ وهو أن إتلاف المشتري قبض منه، وعلى الوجه المنسوب إلى رواية الشيخ أبي علي: أنه لا يجعل قابضاً لشيء من العبد، وعليه ضمان اليد بأرشها المقدر؛ وهو نصف القيمة كالأجنبي. وقياسه أن يكون له الخيار.

وثانيها: إذا قطع أجنبي يده قبل القبض؛ فللمشتري الخيار: إن شاء فسخ وتبع البائع الجاني، وإن شاء أجاز البيع بجميع الثمن وغرم الجاني. قال القاضي الماوردي: وإنما يغرمه إذا قبض العبد. أما قبله فلا؛ لجواز موت العبد في يد البائع وانفساخ البيع، ثم الغرامة الواجبة على الأجنبي نصف القيمة أو ما نقص من القيمة بالقطع؟ فيه قولان جاريان في جراح العبد[٢] مطلقاً[٣]. والأصح: الأول.

وثالثها: إذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم؛ فإن جعلنا جنايته كالآفة السماوية؛ فللمشتري الخيار: إن شاء فسخ واسترد الثمن، وإن شاء أجاز بجميع الثمن. وإن جعلناها كجناية الأجنبي؛ فله الخيار أيضاً: إن فسخ؛ فذاك، وإن أجاز: رجع بالأرش على البائع. وفي قدره القولان المذكوران في الأجنبي. وصاحب الكتاب جعل القول الصائر إلى أن جناية البائع كجناية الأجنبي أصح، لكن معظم الأصحاب على ترجيح القول المقابل له.

وقوله: (إلا أن يكون بجناية أجنبي)، استثناء منقطع؛ فإنه لا يدخل فيما قبله حتى يحمل على حقيقة الاستثناء. والله أعلم.

---

(١) أي: الوجه الثاني.

(٢) في (ظ): (العبيد).

(٣) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٢٦).

قال:

(وتلفُ أحدُ العبدَيْنِ يوجبُ الانفساخَ في ذلك القَدْر (و)، وسقوطُ قِسْطِهِ مِن الثمنِ (و)، والسقفُ مِن الدارِ كأحدِ العبدَيْنِ لا كالوصفِ على الأظهر).

إذا اشترى عبدين وتلف أحدهما قبل القبض: انفسخ البيع فيه، وفي الثاني[1] قولا تفريق الصفقة؛ فإن قلنا: لا يفسخ وأجاز، فبكم يجيزه؟ قد ذكرناه في باب التفريق، وفيه ما يقتضي إعلام قوله: (قسطه من الثمن)، بالواو. وقد أورد المسألة في الكتاب ثَمَّ، وإنما أعادها هاهنا ليتبين أن المسألة الثانية دائرة بين هذه المسألة وبين صور العيب؛ فلذلك تردد الأصحاب فيها.

وصورتها: أن يحترق سقف الدار المبيعة قبل القبض، أو يتلف بعض أبنيتها. وفيه وجهان:

أحدهما: أنه كتعيب المبيع، مثل عمى العبد وسقوط يده وما أشبههما.

وأظهرهما: أنه كتلف أحد العبدين حتى ينفسخ البيع فيه، وفي الباقي الخلاف؛ لأن السقف يمكن إفراده بالبيع بتقدير الانفصال بخلاف يد العبد.

وقوله: (لا كالوصف)، فيه إشارة إلى أن النقصان ينقسم إلى فوات صفةٍ؛ وهو العيب، وإلى فوات جزءٍ، وذلك ينقسم إلى ما لا ينفرد بالقيمة المالية، كيد العبد، وهي في معنى الاتباع والأوصاف، وإلى ما يفرد، كأحد العبدين وأحد الصاعين.

---

(١) في (ظ) و(ز): (الباقي).

وذكر بعض المتأخرين: أنه إذا احترق من الدار ما يفوت الغرض المطلوب منها ولم يبق إلَّا طرفٌ؛ ينفسخ البيع في الكل، ويجعل فوات البعض في مثل ذلك كفوات الكل.

قال:

(وقد نهى رسولُ الله ﷺ عن بيعِ ما لم يُقبَض، ولا يقاسُ على البَيعِ العِتقُ (و) والهبةُ والرَّهن، وكذلكَ لا يُقاسُ عليه الإجارةُ والتَّزويج؛ على الأصحّ).

الحكم الثاني للقبض: التسلط على التصرف، فلا يجوز بيع المبيع قبل القبض عقاراً كان أو منقولاً، لا[١] بإذن البائع ولا دونه، لا قبل أداء الثمن ولا بعده، خلافاً لأبي حنيفة[٢] رحمه الله؛ حيث قال: يجوز بيع العقار قبل القبض، ولمالك[٣] رحمه الله؛ حيث جوّز بيع غير الطعام قبل القبض، وكذا بيع الطعام إذا اشتراه جزافاً، ولأحمد[٤] رحمه الله؛ حيث جوز بيع ما ليس بمكيل ولا موزون ولا معدود ولا مذروع قبل القبض. ويروى عن مالك وأحمد رحمهما الله ما بينه وبين هذه الرواية بعض التفاوت[٥].

---

(١) سقط: (لا) من (ظ).

(٢) «فتح القدير» (٦/ ٥١٣)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٨١)، قلت: وهو مذهب أبي يوسف، ورواية عن أحمد أيضاً، كما في «الإنصاف» (٤/ ٤٦٦).

(٣) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٨٣)، و«الشرح الكبير» (٣/ ١٥١)، و«الإشراف» (١/ ٢٦٦). وهو رواية عن أحمد أيضاً، كما في «المغني» (٤/ ١٢٢).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٢٤١)، و«المبدع» (٤/ ١١٧)، و«المغني» (٤/ ١٢١).

(٥) قلت: وهو أن مالكاً قصر النهي على الموزون والمكيل من الطعام، لأنهما كانا موجودين في عهد الرسول ﷺ، وقاس أحمد عليهما المعدود والمذروع أيضاً.

لنا: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»(١)، وقال ابن عباس رضي الله عنهما: «أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فهو الطعام، أن يباع حتى يستوفى». وقال: «ولا أحسب كل شيء إلا مثله»(٢). وروي: أنه ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن(٣). وروي: أنه لما بعث عتاب بن أسيد(٤) إلى مكة قال: «انْهَهُمْ عن بيع ما لم يقبضوا، وربح ما لم يضمنوا»(٥).

---

(١) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤ / ٤٠٣)، برقم (٢١٢٦)، في البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي. ومسلم (٣/ ١١٦١)، برقم (١٥٢٦)، في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، كلاهما بهذا اللفظ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٠٩)، برقم (٢١٣٥)، في البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، بلفظ: «يقبض» بدل: «يستوفى». ومسلم (٣/ ١١٥٩-١١٦٠)، برقم (١٥٢٥)، في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، بلفظ: «قال ابن عباس: وأحسب كل شيء مثله»، ومرةً: «قال ابن عباس: وأحسب كل شيء بمنزلة الطعام».

(٣) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٤٤)، برقم (٣٣٦١)، في البيوع، باب شرط في بيع، عن عبد الله ابن عمرو رضي الله عنهما بلفظ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»، وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنَّسائي وابن ماجَهْ. وقال الترمذي: حسن صحيح»، وعند النَّسائي (٧/ ٢٩٥) برقم (٤٦٣١) مرة بلفظ: «نهى رسول الله ﷺ» بدل: «لا يحل»، فلم أعثر على لفظ: (بيع ما لم يقبض).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (بعث عتاباً إلى).

(٥) أخرجه البيهقي (٥/ ٣١٣)، في البيوع، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام، من رواية ابن عباس، وضعفه من أجل يحيى بن صالح، وهو منكر الحديث. وابن ماجَهْ (٢/ ٧٣٨)، برقم (٢١٨٩)، في التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن، بلفظ: «نهاه عن شِفٍّ ما لم يضمن»، قال في «الزوائد»: «وفي إسناده ليث بن أبي سليم: ضعيف ومدلس، وعطاء بن أبي رباح لم يدرك عتاباً». واستدل في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٥)، بما رواه الحاكم (٢/ ١٧)، من حديث عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، لكن لا يوجد فيه هذا اللفظ.

وذكر الأصحاب من طريق المعنى سببين:

أحدهما: أن الملك قبل القبض ضعيف؛ لكون المبيع من ضمان البائع، وانفساخ البيع لو تلف؛ فلا يفيد ولاية التصرف.

والثاني: أنه لا يتوالى ضمانا عقدين في شيء واحد، ولو نفذنا البيع من المشتري لأفضى الأمر إليه؛ لأن البيع مضمون على البائع للمشتري، وإذا نفذ منه صار مضموناً عليه للمشتري الثاني؛ فيكون الشيء الواحد مضموناً له وعليه في عقدين، والاعتماد على الأخبار، وإلا فللمعترض أن يقول: تعنون بضعف الملك الانفساخ لو فرض تلف أو شيئاً آخر؟ إن عنيتم شيئاً آخر؛ فهو ممنوع، وإن عنيتم الأول؛ فلم قلتم: إن هذا القدر يمنع صحة البيع؟ وأما الثاني فلا يعرف؛ لكون المبيع من ضمانه معنًى سوى أنه لو تلف ينفسخ البيع ويسقط الثمن، فَلِمَ لا يجوز أن يصح البيع ثم لو تلف في يد البائع ينفسخ البيعان ويسقط الثمنان، ويتبين أنه هلك[1] في يده؟

إذا تقرر ذلك: فهل الإعتاق كالبيع؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن ابن خيران ـ: نعم؛ لأنه إزالة ملك، كالبيع.

وأصحهما: لا، بل يصح الإعتاق ويصير قابضاً به؛ لقوة العتق وغلبته؛ ولهذا يجوز إعتاق الآبق دون بيعه، هذا إذا لم يكن للبائع حق الحبس؛ بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالّاً وقد أدَّاه المشتري، فإذا ثبت حق الحبس؛ فمنهم من ينزله منزلة إعتاق الراهن. والصحيح: أنه ينفذ، كما في الحالة الأولى بخلاف إعتاق الراهن؛ لأن الراهن حجر على نفسه بالرهن، والرهن أنشئ ليحبسه المرتهن.

---

(١) في (ز): (هلك على ملك من هلك).

ولو وقف المبيعَ قبل القبض؛ ففي «التتمة»: أنه يبني على أن الوقف هل يفتقر إلى القبول؟ إن قلنا: نعم؛ فهو كالبيع. وإن قلنا بالثاني؛ فهو كالإعتاق. وبهذا أجاب[1] صاحب «الحاوي» وقال: إنه يصير قابضاً حتى لو لم يرفع البائع يده عنه يصير مضموناً بالقيمة. وكذا قال في إباحة الطعام للفقراء والمساكين إذا كان قد اشتراه جزافاً. والكتابة كالبيع في أصح الوجهين؛ إذ ليس لها قوة العتق وغلبته. والاستيلاد كالعتق[2].

وفي هبة المبيع قبل القبض ورهنه وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنهما صحيحان؛ لأن التسليم غير لازم فيهما بخلاف البيع، وهذا ما أورده في الكتاب.

وأصحهما ـ عند عامة الأصحاب ـ: المنع؛ لضعف الملك، فإنه كما يمنع البيع يمنع الهبة. ألا ترى أنه لا يصح رهن المكاتب وهبته، كما لا يصح بيعه؟ وقطع بعضهم بمنع الرهن إذا كان محبوساً بالثمن.

وإذا صححناهما؛ فنفس العقد ليس بقبض، بل يقبضه المشتري من البائع ثم يسلمه من المتهب أو المرتهن، ولو أذن للمتهب أو المرتهن حتى قبضه؛ ففي «التهذيب»[3]: أنه يكفي ذلك ويتم به البيع والهبة والرهن[4] بعده. وقال أقضى القضاة الماوردي[5]: لا يكفي ذلك للبيع وما بعده، ولكن ينظر؛ إن قصد قبضه للمشتري: صح قبض البيع، ولا بدّ من استئناف قبض للهبة، ولا يجوز أن يأذن له في قبضته من

---

(١) أي: قطع.

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٨/ ٢٦٢-٢٦٣).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٠٥).

(٤) في (ز): (أو الرهن).

(٥) «الحاوي الكبير» للماوردي (٧/ ٥٣٦).

نفسه، وإن قصد قبضه لنفسه: لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة، فإن قبضها: يجب أن يتأخر عن تمام البيع. والإقراض والتصدق كالهبة والرهن، ففيهما الخلاف.

وفي إجارة المبيع قبل قبضه وجهان:

أحدهما[1]: يصح؛ لأن مورد عقد الإجارة غير مورد عقد البيع؛ فلا يتوالى ضمانا عقدين من جنس واحد.

والثاني: لا يصح؛ لضعف الملك، ولأن التسليم مستحق فيها، كما في المبيع.

والأصح عند المعظم: الثاني، وعند صاحب الكتاب: الأول.

وفي تزويج المشتري الجارية قبل القبض مثل هذين الوجهين، لكن الأصح[2] في التزويج الصحة بالاتفاق. ومنهم من أشار إلى وجهٍ ثالثٍ فارقٍ بين أن يكون للبائع حقُّ الحبس؛ فلا يصح التزويج؛ لأنه منقص، وبين أن لا يكون؛ فيصح. وطرد مثله في الإجارة إذا كانت منقصة، وإذا صححنا التزويج فَوَطْءُ الزوج لا يكون قبضاً.

وعن أبي حنيفة[3]: أنه قبض.

وكما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض لا يجوز جَعْله أجرة في إجارة، وعوضاً في صلح، وكذا لا يجوز السلم والإشراك[4] والتولية.

---

(١) في (ز): (أصحهما).

(٢) قلت: الوجه الثاني، أو الوجه الصحيح، هو عدم صحة التزويج.

أقول: هذا الترجيح مخالف لما رجّحه الرافعي والنووي والمعتمد في المذهب؛ قال في «المجموع» (٩/ ٢٦٥): «وأما تزويج المبيعة قبل قبضها، ففيه ثلاثة أوجه: أصحها صحته، وبه قطع صاحب البيان؛ لأنه يقتضي ضماناً بخلاف البيع».

(٣) «رد المحتار» (٤/ ٤٢).

(٤) في (ظ): (الاشتراك).

وعن مالك[١]: أنه يجوز الإشراك والتوليةُ، وحكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب[٢].

وجميع ما ذكرناه فيما إذا تصرف مع غير البائع، أما إذا باع من البائع فوجهان:

أحدهما: الجواز، كبيع المغصوب من الغاصب.

وأصحهما: المنع، كالبيع من غيره، والوجهان فيما إذا باع بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقصان أو تفاوت صفة[٣]، وإلا فهو إقالة بصيغة البيع، كذا قاله في «التتمة»، ولو وهب منه أو رهن؛ فطريقان:

أحدهما: القطع بالمنع؛ لأنه لا[٤] يجوز أن يكون نائباً عن المشتري في القبض.

وأصحهما، فيما نقل صاحب «التهذيب»[٥]: أنه على القولين، فإن جوزنا؛ فإذا أذن له في القبض عن الهبة أو الرهن ففعل: أجزأ[٦]، ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن، بل إذا تلف ينفسخ العقد، ولو رهنه من[٧] البائع بالثمن؛ فقد مر حكمه.

فرع لابن سريج: باع عبداً بثوب وقبض الثوب ولم يسلم العَبْد: له بيع الثوب، وليس للآخر بيع العبد، فلو باع الثوب وهلك العبد في يده: بطل العقد فيه، ولا يبطل في الثوب، ويغرم قيمته لبائعه، ولا فرق بين أن يكون هلاك العبد بعد تسليم الثوب

---

(١) قال في «جواهر الإكليل» (٢/ ٥٥): «جاز تولية في الطعام قبل قبضه، أي: تركه لغير بائعه بثمنه، وجاز شركة في الطعام قبل قبضه، أي: جعل جزء منه بحصته من ثمنه لغير بائعه، لأنهما من المعروف».

(٢) أي: يعتبر ما نسِب إلى مالك وجهاً ضعيفاً للشافعية.

(٣) في (ظ): (صفقة).

(٤) سقط: (لا) من (ظ).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٠٦).

(٦) أي: ملك في صورة الهبة وثبت الرهن.

(٧) أي: عند.

أو قبله؛ لخروجه عن ملكه بالبيع. ولو تلف العبد والثوب في يده: غرم لبائع الثوب القيمة ورد على مشتريه الثمن. والله أعلم.

قال:

(وبيعُ الميراثِ والوصيّةِ والملكِ العائدِ بالفَسخِ قبلَ القبضِ والاستردادِ جائز، وإنما المانعُ يدٌ تَقتضي ضمان العَقد؛ ولذلكَ لا يجوزُ بيعُ الصَّداقِ قبلَ القَبض، إذا قلنا: إنه مَضمونٌ على الزَّوجِ ضمانَ العَقد[1]، وكذلك في بَدلِ الـخُلعِ والصُّلحِ عن دمِ العَمد).

المال المستحق للإنسان عند غيره قسمان: عين في يد غيره[2]، ودين في ذمته.

أما الثاني: فيأتي في الفصل التالي لهذا الفصل.

وأما القسم الأول: فماله في يد الغير إما أن يكون أمانة أو مضموناً:

الضرب الأول: الأمانات، فيجوز للمالك بيعُها؛ لتمام الملك عليها، وحصول القدرة على التسليم، وهي كالوديعة في يد المودَع، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل، والمال في يد الوكيل بالبيع ونحوه، وفي يد المرتهن بعد انفكاك الرهن، وفي يد المستأجر بعد انقضاء المدة، والمال في يد القيم بعد بلوغ الصبي رشيداً، وما احْتطبه العبد واكتسبه وقبله بالوصية قبل أن يأخذه السيد.

ولو ورث مالاً؛ فله بيعه قبل قبضه إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضاً، مثل ما اشتراه ولم يقبضه.

ولو اشترى من مورِّثه شيئاً ومات المورث قبل التسليم؛ فله بيعُه سواء كان على المورث دَيْنٌ أو لم يكن.

---

(١) من قوله: (ولذلك لا) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) في (ظ): (يده).

وحق الغريم يتعلق بالثمن، فإن كان له وارث آخر: لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه، ولو أوصى له بمال فقبل الوصية بعد موت الموصي؛ فله بيعه قبل أخذه. ولو باعه بعد الموت وقبل القبول: جاز إن قلنا: إن الوصية تملك بالموت. وإن قلنا: تملك بالقبول أو هو موقوف؛ فلا.

الضرب الثاني: المضمونات، وهي ضربان: مضمون بالقيمة، ومضمون بعوض في عقد معاوضة.

الضرب الأول: المضمون بالقيمة[١] وهذا الضمان يسمى: ضمان اليد، فيصح بيعه قبل القبض أيضاً؛ لتمام الملك فيه، فإنه لو تلفَ تلف على ملكه، ويدخل فيه ما صار مضموناً بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره، حتى لو باع عبداً فوجد المشتري به عيباً وفسخ البيع: كان للبائع بيع العبد وإن لم يسترده، قال في «التتمة»: إلا إذا لم يرد الثمن، فإن للمشتري حبسه إلى استرجاع الثمن. ولو فسخ السلم؛ لانقطاع المسلم فيه: فللمسلم بيع رأس المال قبل استرداده، وكذا للبائع بيع المبيع إذا فسخ بإفلاس المشتري ولم يسترده بعد. ويجوز بيع المال[٢] في يد المستعير والمستام، وفي يد المشتري والمتهب في الشراء والهبة الفاسدين، وكذا بيع المغصوب من الغاصب.

الضرب الثاني: المضمون بعوض في عقد معاوضة، فلا يصح بيعه قبل القبض؛ لتوهم الانفساخ بتلفه، وذلك كالمبيع والأجرة والعوض المصالح عليه عن المال. وفي بيع المرأة الصداق قبل القبض قولان مبنيان على أن الصداق مضمون[٣] في يد الزوج ضمان اليد أو ضمان العقد؟ وموضع بيانهما كتاب الصداق. والأصح: أنه مضمون

---

(١) قوله: (المضمون بالقيمة) سقط من (ظ).

(٢) من قوله: (إذا فسخ) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) في (ظ) و(ز): (على أنه مضمون).

ضمان العقد. والقولان جاريان في بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض، وبيع العافي عن القود المال المعقود عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ. والله أعلم.

ووراء ما ذكرنا صُوَرَه: أخرى، إذا تأملتها لم يَخْفَ عليك أن كل واحدة منها من أي ضرب هي.

فمنها: حكى صاحب «التلخيص» عن نص الشافعي رضي الله عنه: أن الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس يجوز بيعها قبل القبض. فمن الأصحاب من قال: هذا إذا أفرزه السلطان فتكون يد السلطان في الحفظ يد المُفْرَزِ له، ويكفي ذلك لصحة البيع. ومنهم من لم يكتفِ بذلك، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلاً بقبضه، فقبضه الوكيل ثم باعه الموكل، وإلا فهو بيع شيء غير مملوك[1]، وهذا ما أورده القفال في «الشرح».

ومنها: بيع أحد الغانمين نصيبَه على الإشاعة قبل القبض صحيحٌ، إذا كان معلوماً، كما إذا كانوا خمسة، فالخُمْس لأهل الخُمْس، والباقي على خمسة أسهم، فيكون نصيب الواحد أربعة من خمسة وعشرين، وهذا إذا حكمنا بثبوت الملك في الغنيمة، وفيما تملك به الغنيمة خلاف يذكر في موضعه.

ومنها: إذا رجع فيما وهب لولده[2]؛ له بيعه قبل استرداده. وقال القاضي ابن كج: ليس له ذلك[3].

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٢): «قلت: الأول أصح وأقرب إلى النص، وقوله: وبه قطع القفال، يعني بعدم الاكتفاء ولا بالتأويل المذكور. فإني رأيت في «شرح التلخيص» للقفال المنع المذكور. قال: ومراد الشافعي رضي الله عنه بالرزق: الغنيمة، ولم يذكره غيره، ودليل ما قال الأول: أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمل المصلحة والرفق بالجند، لمسيس الحاجة. والله أعلم».

(٢) في (ظ): (من ولده).

(٣) من قوله: (ومنها إذا رجع) إلى هنا سقط من (ز).

ومنها: الشفيع إذا تملك الشقص؛ قال في «التهذيب»[(١)]: له بيعه قبل القبض. وقال في «التتمة»: ليس له ذلك؛ لأن الأخذ بالشفعة معاوضة[(٢)].

وللموقوف عليه أن يبيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها.

ومنها: إذا استأجر صباغاً ليصبغ له ثوباً وسلمه إليه؛ فليس للمالك بيعه ما لم[(٣)] يصبغه؛ لأن له أن يحبسه إلى أن يعمل ما يستحق به العوض، وإذا صبغه فله بيعه قبل الاسترداد إن وَفَّى الأجرة، وإلا فلا؛ لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة. ولو استأجر قصاراً لقصارة ثوب وسلمه إليه؛ فلا يجوز بيعه ما لم يقصره، وإذا قصره؛ فيبنى على أن القصارة عين؛ فتكون كمسألة الصبغ، أو أثر، فله البيع؛ إذ ليس للقصار الحبس، وعلى هذا قياس صوغ الذهب ورياضة الدابة ونسج الغزل.

ومنها: إذا قاسم شريكَه فبيع ما صار له قبل القبض من الشريك؛ يبنى على أن القسمة بيع أو إفراز؟

ومنها: إذا أثبت صيداً بالرمي، أو وقع في شبكته؛ فله بيعه، وإن لم يأخذه. ذكره صاحب «التلخيص» في هذا الموضع. قال القفال: وليس هو مما نحن فيه، فإنه إذا أثبته كان في قبضته حكماً.

فرع: تصرف المشتري في زوائد المبيع قبل القبض مثل الولد والثمرة؛ يبنى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخٌ أَوْ لا تعود؟ إن عادت: لم يتصرف فيها كما في الأصل، وإلا تصرف.

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤١١).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٢): «قلت: الثاني أقوى. والله أعلم».

(٣) في (ز): (بيعه حتى يصبغه).

ولو كانت الجارية حاملاً عند البيع وولدت قبل القبض؛ إن قلنا: الحمل يقابله قسطٌ من الثمن: لم يتصرف فيه، وإلا؛ فهو كالولد الحادث بعد البيع. والله أعلم.

قال:

(والمبيعُ سواءٌ كانَ منقولاً أو عقاراً (ح)، فيَمتنعُ (م) بيعُه قبلَ القَبض، وإن كانَ ديناً كالـمُسلَم فيه؛ فكَمِثل (م)، وكلُّ دينٍ ثبتَ لا بطريقِ المعاوضة؛ بل بقَرضٍ أو بإتلاف، فَيجوزُ الاستبدالُ عنه، ولكن بشَرطِ قبضِ البَدلِ في المجلس؛ على الأصحّ، ولا يجوزُ بيعُ الدَّينِ من غيرِ من عليه الدَّين؛ على الأصحّ، والأظهَر: منعُ الحوالةِ بالـمُسلَمِ فيه وعليه؛ لأن في الحوالةِ معنى الاعتِياض، ويجوزُ (و) أن يستبدلَ عن النَّقدِ بالنَّقدِ[1] وإن كانَ ثمناً؛ للحديث، هذا إذا لم يكُن مُعيَّناً، فإن عيَّن تعيَّنَ (ح) وامتنَعَ (ح) الاستبدالُ عنه، وانفسَخَ العَقدُ بتلفِه).

قوله: (والمبيع سواء كان منقولاً أو عقاراً فيمتنع بيعه قبل القبض)، كأنه قصد به التعرض لمذهب أبي حنيفة[2] رحمه الله في العقار، والتدرج به إلى ذكر ما إذا كان المبيع ديناً، وإلا فقد سبق ما يعرف منه امتناع بيع المبيع قبل القبض. وشرح الفصل يُحْوِج إلى تقديم وتأخير في مسائله، فلا نبالي بذلك.

واعلم أن من مسائل القسم الأول، وهو أن يكون المستحق عيناً في يد الغير ما إذا باع متاعاً بدراهم أو دنانير معينة، فليس للبائع التصرف فيهما قبل القبض؛ وذلك لأن الدارهم والدنانير يتعينان بالتعيين، كالمبيع، فلا يجوز للمشتري إبدالها بمثلها، ولو

---

(١) في (ز): «عن النقدِ النقدَ». (م ع).

(٢) مذهب أبي حنيفة رحمه الله: جواز بيع العقار قبل قبضه. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٧٩).

تلفت قبل القبض: انفسخ البيع. ولو وجد البائع بها عيباً: لم يستبدلها، بل يرضى بها أو يفسخ العقد. وبهذا قال أحمد[1].

وقال أبو حنيفة[2]: لا تتعين، ويجوز إبدالها بمثلها، وإذا تلفت قبل القبض: لا ينفسخ العقد، وإذا وجد بها عيباً؛ فله الاستبدال.

لنا: القياس على طرف المبيع، وأيضاً فإن الدراهم والدنانير يتعينان في الغصب والوديعة، فكذلك هاهنا.

ولو أبدلها بمثلها أو بغير جنسها برضا البائع؛ فهو كبيع المبيع من البائع. والله أعلم.

القسم الثاني: الدين في ذمة الغير، وهو على ثلاثة أضرب؛ لأنه إما أن يكون مثمناً أو ثمناً أو لا مثمناً ولا ثمناً.

وقبل الشروع في هذه الأضرب، نذكر أصلاً؛ وهو: أن الثمن ماذا؟ والمثمن ماذا؟ وجملة ما قيل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الثمن: ما ألصق به الباء؛ لأن هذه الباء تسمى باء التثمين. ويحكى هذا عن القفال.

والثاني: أن الثمن: هو النقد؛ لأن أهل العرف لا يطلقون اسم الثمن على غيره. والمثمن ما يقابل ذلك على اختلاف الوجهين.

والثالث، وهو الأصح: أن الثمن: هو النقد، والمثمن ما يقابله.

---

(١) نقل ابن قدامة فيه عن أحمد قولين: أقواهما: يتعينان بالتعيين. والثاني: لا يتعينان. انظر: «المغني» (٤/ ٥٠).

(٢) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٨٥).

فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدين؛ فالثمن مما ألصق به الباء، والمثمن ما يقابله.

ولو باع أحد النقدين بالآخر، فعلى الوجه الثاني: لا مثمن فيه. ولو باع عرضاً بعرض؛ فعلى الوجه الثاني: لا ثَمَنَ فيه، وإنما هو مقايضة[1].

ولو قال: «بعتك هذه الدراهم بهذا العبد»؛ فعلى الوجه الأول: العبد ثمن والمثمن الدراهم، وعلى الثاني والثالث: في صحة العقد وجهان، كالسلم في الدراهم والدنانير؛ لأنه جعل الثمن مثمناً، فإن صححنا؛ فالعبد مثمن. ولو قال: «بعتك هذا الثوب بعبدٍ» ووصفه؛ صح العقد. فإن قلنا: الثمن ما ألصق به الباء؛ فالعبد ثمن[2].

ولا يجب تسليم الثوب في المجلس، وإن لم نقل بذلك، ففي وجوب تسليم الثوب وجهان. في وجهٍ: لا يجب؛ إذ لم يجرِ بينهما لفظ السلم، وفي وجهٍ: يجب؛ اعتباراً بالمعنى.

إذا عرفت هذه المقدمة، **فالضرب الأول**: المثمن؛ وهو المسلم فيه؛ فلا يجوز الاستبدال عنه ولا بيعه من غيره.

روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره»[3]، وأيضاً فإن المبيع مع تعينه لا يجوز بيعه قبل القبض، فالمسلم فيه مع كونه مرسلاً في الذمة أولى.

---

(١) في «الروضة» (٣/ ٥١٤): (مبادلة)، وفي الأصل: (مقابضة).

(٢) من قوله: (ولو قال) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١١١-١١٣)، برقم (٣٣٢٢)، في البيوع، باب السلف يحول، بهذا اللفظ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه ابن ماجَهْ. وعطية ابن سعد لا يحتج بحديثه»، قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٥): «وفيه عطية بن سَعد العوفي، وهو ضعيف. وأعله أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان بالضعف والاضطراب».

وهل للحوالة مدخل في المسلم فيه، إما به بأن يحيل المسلم إليه المسلم بحقه على من له عليه دين قرض أو إتلاف، وإما عليه[١] بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلافٍ على المسلم إليه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: لا؛ لما فيه من تبديل المسلم فيه بغيره.

والثاني: نعم؛ تخريجاً على أن الحوالة استيفاءٌ وإيفاء لا اعتياض.

والثالث: لا تجوز الحوالة عليه؛ لأنها بيع سلم بدين، وتجوز الحوالة به على القرض ونحوه؛ لأن الواجب على المسلم إليه توفير الحق على المسلم، وقد فعل. هكذا حكى الوجه الثالث إمام الحرمين[٢]، وهو حاصل ما رواه القاضي ابن كج عن أبي علي الطبري وأبي الحسين، بعد رواية الوجه الثاني عن ابن الوكيل. وعكس صاحب الكتاب رحمه الله الوجه الثالث في «الوسيط»[٣]، فقال: تجوز الحوالة عليه ولا تجوز به. ولا إخاله[٤] ثابتاً.

الضرب الثاني: الثمن، فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة؛ ففي الاستبدال عنها قولان:

القديم: أنه لا يجوز؛ لمطلق النهي عن بيع ما لم يقبض. وأيضاً فإنه عوض في معاوضتين؛ فأشبه المسلم فيه.

والجديد: الجواز؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ مكانها الورِق، وأبيع بالورق فآخذ مكانها الدنانير[٥]، فأتيت

(١) أي: على الحوالة.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٩٣).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٤٨).

(٤) أي: لا أظن نقلَه ثابتاً.

(٥) من قوله: (فآخذ مكانها) إلى هنا سقط من (ظ).

النبي ﷺ فسألته عن ذلك، فقال: «لا بأس به بالقيمة»[١]، ويروى: أنه قال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما[٢] شيء[٣]»[٤].

وعن القاضي أبي حامد وأبي الحسين رحمهما الله: القطع بالقول الثاني.

وإذا باع شيئاً بغير الدراهم والدنانير في الذمة؛ فجواز الاستبدال عنه يبنى على أن الثمن ما ألصق به باء التثمين أو غيره؟

إن قلنا: إنه هو؛ فيجوز الاستبدال عنه، كالنقدين، وادعى في «التهذيب»[٥] أنه المذهب.

وإن لم نقل بذلك؛ فلا يجوز؛ لأن ما ثبت في الذمة مثمناً لا يجوز أن[٦] يستبدل عنه، والأجرة كالثمن، والصداق وبدل الخلع كذلك إن قلنا: إنهما مضمونان ضمان عقد، وإلا فهما كبدل الإتلاف.

التفريع: إن منعنا الاستبدال عن الدراهم؛ فذاك في استبدال العروض عنها،

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٤٤)، برقم (١٢٤٢)، في البيوع، باب ما جاء في الصرف، بهذا اللفظ بزيادة يسيرة. وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٢٥)، برقم (٣٢١٦)، في البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق، بقصة طويلة، بلفظ: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء» وسكت عليه. وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجَهْ. وقال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب. وذكر: أنه روي عن ابن عمر موقوفاً».

(٢) في (ز): (بينهما).

(٣) في (ظ) و(ز): (لبس).

(٤) أقرب اللفظ إليه لفظ: «لا بأس إذا أخذهما بسعر يومهما فافترقتما وليس بينكما شيء» الذي رواه ابن حبان مع «الإحسان» (٧/ ٢٠٨)، برقم (٤٨٩٩)، في البيوع، وسبق لفظ الترمذي وأبي داود، وجميع الألفاظ يشبه لفظهما.

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٥٥).

(٦) قوله: (يجوز أن) سقط من (ظ).

فأما استبدال نوع منها عن نوعٍ، أو استبدال الدنانير عن الدراهم؛ ففيه وجهان عن صاحب «التقريب»؛ لاستوائهما في مقصود الزواج. وإن جوزنا الاستبدال عنها وهو الصحيح؛ فلا فرق بين بدل وبدل. ثم ينظر: إن استبدل عنها[١] ما يوافقها في علة الربا، كما إذا استبدل عن الدراهم الدنانير؛ فيشترط قبض البدل في المجلس. وكذا إذا استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيراً؛ إن جوزنا ذلك: ففي اشتراط تعين البدل عند العقد وجهان:

أحدهما: يشترط، وإلا؛ فهو بيع دين بدين.

وأصحهما: أنه لا يشترط، كما لو تصارفا في الذمة ثم عيناً وتقابضا في المجلس.

وإن استبدل عنها ما لا يوافقها في علة الربا، كما إذا استبدل عن الدراهم طعاماً أو ثياباً؛ نُظِر: إن عُيِّنَ البدل: جاز، وهل يشترط قبضه في المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وهو اختيار الشيخ أبي حامد[٢]، ويحكى عن أبي إسحاق[٣]؛ لأن أخذ العوضين دين، فيشترط قبض الثاني، كرأس مال السلم.

وأصحهما ـ عند الإمام[٤] وصاحب «التهذيب»[٥] ـ: أنه لا يشترط[٦]، كما لو باع ثوباً بدرهم في الذمة، لا يشترط قبض الثوب في المجلس، ويحكى هذا عن ابن سريج.

وإن لم يُعَيَّنِ البدل ولكن كان موصوفاً في الذمة؟ فعلى ما سبق من الوجهين: إن جوزنا؛ فلا بد من التعيين في المجلس، وفي اشتراط القبض الوجهان.

---

(١) من قوله: (وهو الصحيح) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٥١).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٨٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٩٣-١٩٤).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٥٥).

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٥): «قلت: الثاني أصح. وصححه في «المحرر». والله أعلم».

الضرب الثالث: ما ليس بثمن ولا مثمن، كدين القرض والإتلاف؛ فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف. كما لو كان في يده عين مال بغصب أو عارية، يجوز بيعه منه، ويفارق المسلم فيه، فإنه غير مستقر؛ لجواز أن يطرأ ما يقتضي انفساخ السلم. وهذا مستقر.

ثم الكلام في اعتبار التعيين والقبض على ما سبق، وفي «الشامل»: أن القرض يستبدل عنه إذا استهلكه، أما إذا بقي في يده؛ فلا، لأنا إن قلنا: إن القرض يملَك بالقبض، فبدله غير مستقر في الذمة؛ لأن للمقرض أن يرجع في عينه. وإن قلنا: يملك بالتصرف؛ فالمستقرض متسلط عليه، وذلك يوجب ضعف ملك المقرض؛ فلا يجوز الاعتياض عنه. والله أعلم.

ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحالِّ، ويجوز العكس، وكان من عليه المؤجل قد عجله.

واعلم أن الاستبدال بيعٌ ممن[١] عليه الدين، وقد تبين حكمه. فأما بيعه من غير من عليه، كما إذا كان له على إنسان مئة، فاشترى من آخر عبداً بتلك المئة؛ فقولان:

أحدهما: أنه يجوز، كبيعه ممن عليه.

وأصحهما: المنع؛ لعدم القدرة على التسليم. وعلى الأول: يشترط أن يقبض مشتري الدينِ الدينَ ممن عليه، وأن يقبضَ بائع الدين العوض في المجلس حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد[٢].

ولو كان له دين على إنسان ولآخر مثله على ذلك الإنسان، فباع أحدهما ماله بما لصاحبه وقبل الآخر؛ لم يصح إن اتفق الجنس أو اختلف؛ لنهيه ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ[٣].

---

(١) أي: لمن.

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٦): «قلت: الأظهر الصحة، والله أعلم».

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في «مسانيدهم»، وابن عدي في «الكامل»، والحاكم في =

وقوله في الكتاب: (وكل دين ثبت لا بطريق المعاوضة بل بقرض أو إتلاف)، لا شبهة أن دين الإتلاف ثبت لا بطريق المعاوضة. وأما دين القرض؛ فسيأتي في فصل القرض، أنه ليس على سبيل المعاوضات أيضاً.

وقوله: (ولكن يشترط قبض البدل في المجلس على الأصح)، أي: من الوجهين. وترجيح وجهِ الاشتراط خلافُ ما ذكرنا عن اختيار الإمام[1] وصاحب «التهذيب»[2]، لكنه متأيد بظاهر نصه في «المختصر»، وبه قال جماعة من الأصحاب.

وقوله: (ويجوز أن يستبدل عن النقد النقد[3] وإن كان ثمناً)، أي: استبدال أحد النقدين عن الآخر[4] لا يختص بدين القرضِ والإتلافِ، بل يجري في الثمن أيضاً.

وليعلم قوله: (وإن كان ثمناً)، بالواو؛ للقول الآخر. وأراد بالحديث ما رويناه عن ابن عمر رضي الله عنهما[5]. والله أعلم.

* * *

= «المستدرك»، والدارقطني والبيهقي في سننهما، وعبد الرزاق في «المصنف»، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، والطبراني في «معجمه» من حديث رافع بن خديج رضي الله عنه، وضعف حديث عبد الرزاق برواية الأسلمي، وأحاديث غيره ضعَّفها أحمد وغيره بموسى بن عبيدة الربذي، وفي رواية الدارقطني والحاكم: «موسى بن عقبة»، غلطهما البيهقي (٥/ ٢٩٠) وقال: «إنما هو موسى بن عبيدة».
قلت: هذا خلاصة ما في «نصب الراية» (٤/ ٤٠)، ومثله في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٦-٢٧)، وفيه أيضاً رواية الشافعي بلفظ: «نهى عن الدين بالدين».

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٩٤).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٥٥).

(٣) في المتن: (بالنقد).

(٤) قوله: (عن الآخر) سقط من (ز).

(٥) وهو حديث: «كنت أبيع الإبل بالبقيع».

قال:

(أما صورةُ القَبض، فيُحكمُ فيه بالعادة؛ ففي العَقارِ تكفي فيه التَّخلية، وفي المنقولِ يكفي النَّقل[١]، ولا تكفي التَّخلية (ح م و)، وقد قيل: يحصلُ انتقالُ الضَّمانِ بالتَّخلية (أ)، وما يَشتري مكايلةً فتمامُ القبضِ فيه بالنَّقلِ والكيل، فإذا اشترى مكايلةً[٢]؛ فلا بدَّ لكلِّ بيعٍ (و) من كيلٍ جديدٍ ليتمَّ القَبض؛ للحديث).

قد تم بيان الأمر الأول؛ وهو حكم القبض وثمرته. وهذا أول الشروع في الأمر الثاني، وهو أن القبض بم يحصل؟ والقول الجملي فيه: أن الرجوعَ فيما يكون قبضاً إلى العادة. ويختلف بحسب اختلاف المال.

وتفصيله: أن المال إما أن يباع من غير اعتبارِ تقدير فيه، أو يباع معتبراً فيه تقدير.

الحالة الأولى: أن لا يعتبر فيه تقدير، إما لعدم إمكانه أو مع الإمكان؛ فينظر: إن كان المبيع مما لا ينقَل، كالدور والأراضي؛ فقبضُه بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه من اليد، والتصرف بتسليم المفتاح إليه، ولا يعتبر دخولُه وتصرفه فيه. ويشترط كونه فارغاً عن أمتعة البائع، فلو باع داراً فيها أمتعةٌ للبائع؛ تَوقف التسليمُ على تفريغها، وكذا لو باع سفينة مشحونةً[٣] بأمتعةٍ[٤]؛ لكون البائع مستعملًا للمبيع منتفعاً به. ولو جمع البائعُ متاعه في بيت من الدار، وخلى بين المشتري وبين الدار؛ حصل القبضُ فيما عدا ذلك البيت.

---

(١) كذا في (ز)، وفي غيرها: «يكفي فيه النقل».

(٢) في (ط الفكر) زاد: (وباع مكايلة). (م ع).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٧): «قلت: وقد حكى الرافعي بعد هذا وجهاً عند بيع الأرض المزروعة في باب الألفاظ المطلقة في البيع: أنه لا يصح بيع الدار المشحونة، وأن إمام الحرمين «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٢٤١). ادعى أنه ظاهر المذهب. والله أعلم».

(٤) في (ظ): (بأقمشة).

وفي اشتراط حضور المتبايعين عند البيع ثلاثة أوجهٍ منقولةٍ في «التهذيب»[(١)]:

أحدها: يشترط، فإن حضرا عنده وقال للمشتري: «دونك هذا»، ولا مانع؛ حصل القبض، وإلا فلا.

والثاني: أنه يشترط[(٢)] حضور المشتري عنده دون البائع؛ ليتأتى إثبات اليد عليه.

والثالث ـ وهو الأظهر ـ: أنه لا يشترط حضور واحد منهما؛ لأن ذلك قد يشق، فإذا خلَّى بينه وبين المبيع، فقد أتى بما عليه فليتصرف.

وعلى هذا؛ فهل يشترط أن يمضي زمان إمكان المضي إليه؟ فيه وجهان، الأصح: الاشتراط[(٣)].

وفي معنى العقار: الشجر الثابت والثمرة المبيعة على الشجرة قبل أوان الجذاذ.

وإن كان المبيع من جملة المنقولات؛ فالمذهب المشهور، وبه قال أحمد[(٤)]: أنه لا يكفي فيه التخلية، بل لا بد من النقل والتحويل. وقال مالك[(٥)] وأبو حنيفة[(٦)]: إنه يكفي[(٧)] التخلية، كما في العقار. وعن رواية حرملة قول مثله.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٠٧).

(٢) من قوله: (فإن حضرا) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في الأصل: (لاشتراط).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٢٤٧).

(٥) قبض العقار بالتخلية وغيره مما ليس فيه حق توفية بالعرف عند المالكية. وأما ما فيه حق توفية ففيه التفصيل عندهم. انظر: «مواهب الجليل» (٤/ ٤٧٧).

(٦) قال الحنفية: التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل... وإذا كان قريباً يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال فتقام التخلية مقام القبض. أما إذا كان بعيداً لا يتصور القبض في الحال، فلا تقام التخلية مقام القبض. انظر: «رد المحتار» مع «الدر المختار» (٤/ ٤٣).

(٧) في (ظ): (لا تكفي).

وفيه وجه آخر: أن التخلية كافية لنقل الضمان إلى المشتري، غير كافية للتسلط على التصرف؛ لأن البائع أتى بها عليه، والمقصر المشتري حيث لم ينقل، فليثبت ما هو حق البائع[1].

وجه ظاهر المذهب: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جُزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»[2]. وأيضاً فإن العادة في قبض المنقول النقل.

فعلى هذا يأمر العبدَ بالانتقال من موضعه، ويسوق الدابة أو يقودها[3].

وإذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع، كموات ومسجد وشارع، أو في موضع يختص بالمشتري؛ فالنقل من حيِّز[4] إلى حَيِّزٍ كاف. وإن كان في دار البائع أو في بقعة مخصوصة به؛ فالنقل من زاوية إلى زاوية أو من بيتٍ من الدار إلى بيت آخر بدون إذن البائع لا يكفي؛ لجواز التصرف، ولكن يكفي؛ لدخوله في ضمانه. وإن نقل بإذنه؛ حصل القبض، وكأنه استعار ما نقل إليه المال. ولو اشترى الدار مع أمتعة فيها صفقة واحدة فخلى البائع بينه وبينها؛ حصل القبض في الدار. وفي الأمتعة وجهان:

أصحهما: أنه لا بد فيها من النقل، كما لو بيعت وحدها.

---

(١) في (ظ): (للبائع).

(٢) أخرجه بهذا اللفظ مسلم (٣/ ١١٦١)، برقم (١٥٢٧)، في البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. وابن ماجَهْ (٢/ ٧٥٠)، برقم (٢٢٢٩)، في التجارات، باب بيع المجازفة، وبمعناه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤١١)، برقم (٢١٣٧)، في البيوع باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا يبيعه حتى يُؤْوِيَه إلى رحله، كما أخرجه أبو داود والنسائي وغيرهم بألفاظ.

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٧): «قلت: ولا يكفي استعماله الدابة وركوبها بلا نقل، وكذا وطء الجارية على الصحيح. ذكره في «البيان» للعمراني (٥/ ٧٤) والله أعلم».

(٤) الحَوْزةُ والحَيِّـزُ بمعنى الناحية. «المصباح المنير»، مادة: حوز.

والثاني: أن القبض يحصل فيها أيضاً تبعاً. وبهذا أجاب[1] الماوردي[2]، وزاد فقال: لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التي عليها الصبرة وخلى البائع بينه وبينها؛ حصل القبض في الصبرة[3]. ولو لم يتفقا على القبض، ولكن جاء البائع بالمبيع وامتنع المشتري من قبضه: أجبره الحاكم عليه. فإن أصر أمر الحاكم من يقبضه عنه، كما لو كان غائباً.

ولو جاء البائع بالمبيع، فقال المشتري: «ضعه»، فوضعه بين يديه؛ حصل القبض.

وإن وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً، أو قال: «لا أريده»؛ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل القبض، كما لا يحصل به الإيداع.

وأصحهما: أنه يحصل؛ لوجوب التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك يبرأ عن الضمان.

فعلى هذا؛ للمشتري التصرف فيه. ولو تلف؛ فهو من ضمانه، لكن لو خرج مستحَقّاً ولم نُجِزْ[4] إلا وَضْعَهُ بين يديه، فليس للمستحِق مطالبة المشتري بالضمان؛ لأن هذا القدر لا يكفي لضمان الغصب. ولو وضع المديون الدين بين يدي مستحق الدين؛ ففي حصول التسليم خلاف مرتب على البيع. وهذه الصورة أولى بعدم الحصول؛ لعدم تعين الملك.

وهل للمشتري الاستقلال بنقل المبيع إن كان قد وفى[5] الثمن أو كان الثمن

---

(١) أي: قطع.

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٢٧).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥١٨): «قلت: قال: ولو استأجرها، فوجهان، الصحيح: أنه ليس قبضاً. والله أعلم».

(٤) في الأصول الخطية: (ولم يجر)، وصححته من «الروضة» المطبوعة الحديثة سنة (١٤١٢هـ).

(٥) في (ظ): (وفر).

مؤجلاً؟ فنعم، كما أن للمرأة قبض الصداق بدون إذن الزوج إذا سلمتْ نفسها، وإلا فلا، وعليه الرد؛ لأن البائع مستحق الحبس؛ لاستيفاء الثمن، ولا ينفذ تصرفه فيه لكن يدخل في ضمانه.

فرع: دفع ظرفاً إلى البائع وقال: «اجعل المبيع فيه»، ففعل؛ لا يحصل التسليم؛ إذ[1] لم يوجد من المشتري ما هو قبض، والظرف غير مضمون عليه؛ لأنه استعمله في ملك المشتري بإذنه، وفي مثله في السلم يكون الظرف مضموناً على المسلم إليه؛ لأنه استعمله في ملك نفسِه.

ولو قال للبائع: «أعرني ظرفك، واجعل المبيع فيه»، ففعل؛ لا يصير المشتري قابضاً أيضاً.

الحالة الثانية: أن يباع الشيء مع اعتبار تقدير فيه، كما إذا اشترى ثوباً أو أرضاً مذارعةً، أو متاعاً موازنة، أو صبرة حنطة مكايلة، أو معدوداً بالعدد؛ فلا يكفي للقبض ما مرَّ في الحالة الأولى، بل لا بد مع ذلك من الذرع أو الوزن أو الكيل أو العد. وكذا لو أسلم في آصع أو أَمْناء[2] من طعام، لا بد في قبضه من الكيل أو الوزن. فلو قبض جزافاً ما اشتراه مكايلةً؛ دخل المقبوض في ضمانه.

وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه؛ فإن باع الكل: لم يصح؛ لأنه قد يزيد على القدر المستحق.

وإن باع[3] ما يستيقن أنه له؛ فوجهان:

عن أبي إسحاق: أنه يصح[4].

---

(١) في (ظ): (إذا).

(٢) أي: أرطال.

(٣) في (ز): (باعه).

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧٩).

وقال ابن أبي هريرة، وساعده الجمهور: لا يصح؛ لعدم القبض المستحق بالعقد.

وقبض ما اشتراه كيلاً بالوزن، ووزناً بالكيل كقبضه جزافاً.

ولو قال الدافع: «خذه فإنه كذا»، فأخذه مصدقاً له؛ فالقبض فاسد[1] أيضاً حتى يجري اكتيال صحيح. فإن زاد: رد الزيادة، وإن نقص: أخذ الباقي. ولو تلف المقبوض، فزعم الدافع أنه كان قدرَ حقِّه أو أكثر، وزعم المدفوع[2] إليه أنه كان دون حقه أو قدره؛ فالقول قوله. قال الشيخ أبو حامد[3] وغيره: ومعنى التصديق المذكور في صورة المسألة: أن يحمل خبَرُه على الصدق ويأخذه بناء عليه. فأما إذا أقر بجريان الكيل؛ لم يسمع منه خلافه.

وفسر إمام الحرمين البيع مكايلة بأن يقول: «بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم» وهو من صورها[4].

ومنها: أن يقول: «بعتكها، على أنها عشرة آصع».

ومنها: أن يقول: «بعتك عشرة آصع منها»، وهما يعلمان صيعانها أو لا يعلمان، إذا[5] جوّزنا ذلك. وإذا اعتبر في المبيع كيل أو وزن؛ فليس على البائع الرضا بكيل المشتري، ولا[6] على المشتري الرضا بكيل البائع، بل يتفقان على كيّال، فإن لم يتراضيا نصب الحاكم أميناً يتولاه. كذا ذكره في «الحاوي»[7]. ولو كان لزيد طعام على رجل

---

(١) أي: البائع.

(٢) أي: القابض.

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٥٤-١٥٥).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٨٣).

(٥) في (ظ): (إذ).

(٦) سقطت: (لا) من الأصل، وأثبته من «الروضة».

(٧) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٢٨).

سلماً ولآخر مثله على زيد، فأراد زيد أن يوفي ما عليه مما له على الآخر، فقال[١]: «اذهبْ إلى فلان واقبضْ لنفسك ما لي عليه»، فقبضه؛ فهو فاسد. وكذا لو قال: «احضر معي لأقبضه وأكتاله لك» وفعل؛ لما روي عن النبي ﷺ مرسلاً ومسنداً: أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، يعني صاع البائع وصاع المشتري[٢]. وعلى هذا الخبر بناء مسائل الباب.

وإذا فسد القبض؛ فالمقبوض مضمون على الآخذ. وهل تبرأ ذمة الدافع عن حق زيد؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم، وهما مبنيان على القولين فيما إذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري، هل يعتق المكاتب؟ فإن قلنا: لا يبرأ؛ فعلى القابض رد المقبوض إلى الدافع. ولو قال زيد: «اذهب إليه واقبضه لي، ثم اقبضه مني لنفسك بذلك الكيل»، أو قال: «احضر معي لأقبضه لنفسي ثم تأخذه أنت بذلك الكيل» ففعل؛ فقبضُه لزيد في الصورة الأولى، وقبض زيد لنفسه في الصورة الثانية صحيحٌ، وتبرأ ذمة الدافع عن حقه، والقبض الآخر فاسد، والمقبوض مضمون عليه.

وفي قبضه لنفسه في الصورة الأولى وجهٌ آخر: أنه صحيح، وسنذكره في نظائره.

---

(١) أي: فقال لغريمه.

(٢) أخرجه من حديث جابر ابن ماجَهْ (٢/ ٧٥٠)، برقم (٣٢٢٨)، في التجارات، باب النهي عن بيع الطعام ما لم يقبض، والدارقطني (٣/ ٨) برقم (٢٤) في البيوع، والبيهقي (٥/ ٣١٦)، في البيوع، باب الرجل يبتاع طعاماً كيلاً فلا يبيعه حتى يكتاله لنفسه، وفي إسنادهم محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، قال محقق «سنن» ابن ماجَهْ: «وفي «الزوائد»: أنه ضعيف». ومن حديث أبي هريرة أخرجه البيهقي (٥/ ٣١٦)، في البيوع في الباب السابق، ومن حديث أنس، ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٨٨٦) بإسناد ضعيف جدّاً. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٧): «ورواه الشافعي وابن أبي شيبة والبيهقي عن الحسن عن النبي ﷺ مرسلاً». قال البيهقي (٥/ ٣١٥): «وقد روي ذلك موصولاً من أوجه، إذا ضم بعضها إلى بعض قوي، مع ما سبق الحديث الثابت عن ابن عمر وابن عباس في هذا الباب وغيرها».

ويؤيده: أنه لو كان المبيع في يد المشتري عند البيع؛ صح قبضه لنفسه على تفصيل سيأتي في الرهن، فإن حجة الإسلام[1] ذكر طرفاً منه هناك.

ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه ثم كاله على مشتريه وأقبضه؛ فقد جرى الصاعان وصح القبضان. ثم إن كان وقع في الكيل الثاني زيادة أو نقصان؛ ينظَر: إن كان قدر ما يتفق بين الكيلين؛ فالزيادة لزيد والنقصان[2] عليه ولا رجوع له، وإن كان كثيراً؛ تبين أن في الكيل الأول غلطاً أو تغليطاً، فيرد زيد الزيادة ويرجع بالنقصان، ولو أن زيداً لما اكتاله لنفسه لم يخرجه من المكيال وسلمه كذلك إلى مشتريه؛ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح القبض الثاني حتى يخرجه ويبتدئ كيلاً.

وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: أن استدامته في المكيال كابتداء الكيل. وهذه الصورة كما تجري في ديني السلم، تجري أيضاً فيما إذا كان أحدهما مستحقّاً بالسلم والآخر بقرض أو إتلاف.

ونختم شرح الفصل بكلامين في شرح لفظ الكتاب:

أحدهما: قوله: (فتمام القبض فيه بالنقل والكيل)، لفظ: (التمام)، إنما كان يحسن أن لو اقتصر على ذكر الكيل؛ ليكون ذلك إشارة إلى[3] النقل الكافي، فما سبق غير كاف هاهنا، بل لا بد من تتمة له؛ وهو الكيل. أما إذا وقع التعرض للأمرين جميعاً، فلفظ: (التمام) مستغنًى عنه.

والثاني: قوله: (فلو اشترى مع مكايلة)، وباع مكايلة، يمكن تنزيله على صورة السلم، ويمكن أن يكون شراء المعين وبيعه مراداً، ولكن البيع حينئذ يقع بعد ما اكتاله

---

(١) في (ظ): (فإن صاحب الكتاب ذكر).

(٢) من قوله: (ثم إن كان) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) في (ز): (إلى أن).

لنفسه، وإلا فهو باطل؛ لكونه قبل القبض. وظاهر قوله: (فلا بد من كيل جديد)، يوافق الوجه الذاهب إلى أن استدامته في المكيال غير كافية.

وقوله: (ولا تكفي التخلية)، يجوز إعلامه بالحاء والميم والواو؛ لما رواه حرملة.

وقوله: (يحصل انتقال الضمان بالتخلية)، بالألف.

فرع: مؤونة الكيل الذي يفتقر إليه القبض على البائع، كمؤونة إحضار المبيع لغائب ومؤونة وزن الثمن على المشتري؛ لتوقف التسليم عليه. ومؤونة نقد الثمن على البائع أو على المشتري؟ حكى صاحب «الحاوي»[١] فيه الوجهين[٢]. والله أعلم.

قال:

(وليسَ لأحدٍ أن يقبضَ لنفسِه من نفسِه (و)، فيَتولّـى الطرفَين، إلا الوالدَ يقبضُ لولدِه من نفسِه، ولنفسِه من ولدِه، كما يفعلُ ذلكَ في طرفَي البَيع).

للمشتـري أن يوكل بالقبض كمـا له أن يوكل بالعقد، وكذا للبائع أن يوكـل بالإقباض. ويعتبر[٣] في ذلك أمران:

أحدهما: أن لا يوكل الـمشتري مَنْ يده البائع، كعبده ومستولدتـه، ولا بأس بتوكيل ابنه وأبيه ومكاتبه، وفي توكيل عبده المأذون في التجارة وجهان:

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (١٢/ ١٩٩).

(٢) قال في «الروضة»: (٣/ ٥٢١): «قلت: ينبغي أن يكون الأصح أنها على البائع. والله أعلم».

(٣) أي: يشترط.

أصحهما: أنه لا يجوز، ولو قال للبائع: «وكِّلْ من يقبض لي منك»، ففعل؛ جاز، ويكون وكيلَ المشتري. وكذا لو وكّل البائع بأن يأمر من يشتري منه للموكل.

والثاني: ألا يكون القابض والمقبض واحداً، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلاً بالإقباض ويوكله المشتري بالقبض، كما لا يجوز أن يوكله هذا بالبيع وذاك بالشراء ليتولى الطرفين.

ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره، فدفع إلى المستحق دراهم وقال: «اِشْتَرِ بها مثل ما تستحقه، واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك»، ففعل؛ صحّ الشراء والقبض للموكل[١]، ولم يصح[٢] قبضه لنفسه؛ لاتحاد القابض والمقبض وامتناع كونه وكيلًا لغيره في حق نفسه، هذا هو المشهور.

وحكى المسعودي وجهاً: أنه يصح قبضه لنفسه، وإنما الممتنع أن يقبض من نفسه لغيره. ولو قال: «اشتر بهذه الدراهم لي واقبضه لنفسك»، ففعل؛ صحَّ الشراء، ولم يصح قبضه لنفسه؛ لأن حق الإنسان لا يتمكن الغير من قبضه لنفسه، ويكون المقبوض مضموناً عليه. وهل تبرأ ذمة الدافع عن حق الموكل؟ فيه ما مرّ من الوجهين.

ولو قال: «اشتر لنفسك»؛ فالتوكيل فاسدٌ؛ إذ كيف يشتري بمال الغير لنفسه؟ وتكون الدراهم أمانة في يده[٣]؛ لأنه لم يقبضها ليمتلكها، فإن اشترى؛ نظِر: إن اشترى في الذمة: وقع عنه وأدى الثمن من ماله[٤]. وإن اشترى بعينها؛ فهو باطل. وذكر ابن سريج وجهاً: أنه صحيح.

---

(١) قوله: (والقبض للموكل) سقط من (ز).

(٢) في (ظ): (فلا).

(٣) قوله: (في يده) سقط من (ز).

(٤) قوله: (من ماله) سقط من (ظ).

ولو أذن لمستحق الحنطة أن يكتال من الصبرة حقه؛ ففيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يجوز؛ لأن الكيل أحد ركني القبض، وقد صار نائباً فيه من جهة البائع متأصلاً لنفسه.

والثاني: يجوز؛ لأن المقصود منه معرفة المقدار والمقبض هو البائع.

ويستثنى عن الشرط الثاني: ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه أو لنفسه من مال ابنه الصغير؛ فإنه يتولى طرفي القبض، كما يتولى البيع. وهل يحتاج إلى النقل والتحويل في المنقول؟ روى القاضي الماوردي فيه وجهين، والأظهر: اعتباره، كما يعتبر الكيل، إذا باع بالكيل[1].

وقوله في الكتاب: (وليس لأحد أن يقبض من نفسه لنفسه)، يجوز إعلامه بالواو؛ لما رواه المسعودي، ثم هذا اللفظ غير مجرًى على إطلاقه؛ لما ستعرفه فيما إذا كان المبيع في يد المشتري.

وقوله: (إلا الوالد يقبض لولده من نفسه)، استثناء منقطع، وإلا فهو غير[2] داخل في قبض الإنسان لنفسه من نفسه. هذا تمام الكلام في صورة القبض.

وينبغي أن نتذكر الآن ما مر؛ أن إتلاف المشتري المبيع قبض[3]، وإن لم توجد فيه هذه الصورة.

وقبض الجزء الشائع إنما يحصل بتسليم الجميع، ويكون ما عدا المبيع أمانة في يده، ولو طلب القسمة قبل القبض؛ قال في «التتمة»: يجاب إليه. أما إذا جعلنا القسمة

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٢٨).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) قال في «الروضة»: (٣/ ٥٢٣): «قلت: ومما يستثنى أيضاً إذا كان المبيع خفيفاً يتناول باليد، فقبضه بالتناول واحتواء اليد عليه. كذا قاله المحاملي وصاحب «التتمة» وغيرهم، لأنه يعد قبضاً. والله أعلم».

إفرازاً؛ فظاهر. وأما إذا[1] جعلناها بيعاً؛ فإن الرِّضا غير معتبر فيه؛ لأن الشريك يجبر عليه. وإذا لم يعتبر الرضا؛ جاز أن لا يعتبر القبض، كما في الشفعة. والله أعلم.

قال:

(وأما وجوبُ التَّسليمِ فيعمُّ الطرفَين، والبِداءةُ بالبائعِ (ح م) في قول، وبالمشتري في قول (أ)، ويتَساويانِ (م ح) في أعدلِ الأقوال (و)، فمن ابتدأ أُجبرَ صاحبُه، فإن سُلِّمَ البائعُ؛ طالبَ المشتريَ بالثَّمنِ من ساعته، فإن كانَ مالُه غائباً؛ أشهد على وقْفِ مالِهِ، أي: حُجِرَ عليه (و)، فإن وفّى؛ أطلقَ الوقفُ عنه، وإن لم يكُن له مال؛ فهو مُفلِسٌ والبائعُ أحقُّ (ح) بمتاعِه، هذا لفظُ الشافعيِّ رضي اللهُ عنه، وهذا حَجرٌ سببُه مسيسُ الحاجةِ إليه خيفةَ فواتِ أموالٍ بتصرُّفِه. وذلك عند امتناعِ الفسخِ بالفَلَس، وقيل: بإنكارِ الحَجر، لكنه خلافُ نصِّ الشافعيِّ رضي اللهُ عنه).

الأمر الثالث: وجوب التسليم. لا شك أن على كل واحد من المتبايعين تسليم العوض الذي استحقه الآخر، لكن لو اختلفا فقال البائع: «لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن»، وقال المشتري: «لا أؤدي الثمن حتى أقبض المبيع»؛ ففيه أربعة أقوال:

أحدها: أن الحاكم يجبرهما على التسليم، فيأمر كل واحد منهما بإحضار ما عليه، فإذا أحضرا؛ سَلَّم الثمن إلى البائع، والمبيع إلى المشتري، لا يضره بأيهما بدأ، أو يأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك. ووجهه: أن كل واحد منهما يستحق قبض ما عند الآخر، فلا سبيل إلى تكليف الإبقاء[2]، فيؤمر بإيفائه، كما لو كان لكل واحد منهما وديعة عند الآخر، وتنازعا هكذا.

---

(١) من قوله: (جعلنا القسمة) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) قوله: (فلا سبيل إلى تكليف الإبقاء) سقط من (ظ).

والثاني: أنه لا يجبر واحداً منهما، ولكن يمنعهما من التخاصم، فإذا سلَّم أحدُهما ما عليه؛ أُجبر الآخر. ووجهه: أن على كل واحد إيفاءً واستيفاءً، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء قبل الاستيفاء.

والثالث ـ وبه قال مالك[1] وأبو حنيفة[2] ـ: أنه يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً؛ لأن حقه متعين في المبيع، وحق البائع غير متعين في الثمن؛ فيؤمر بالتعيين.

والرابع ـ وبه قال أحمد[3]، وهو الأصح ـ: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أَوَّلًا؛ لأنه لا يخاف هلاك الثمن، فملكه مستقر فيه، وتصرفه فيه بالحوالة والاعتياض نافذ، وملك المشتري في المبيع غير مستقر، فعلى البائع التسليم ليستَقَرَّ.

وفي المسألة طريقة أخرى؛ وهي: القطع بالقول الرابع، وحمل الأول والثاني على حكاية مذهب الغير، وما روي عن نصه في «الأم»[4] مُشْعِرٌ به[5]، وأما الثالث فهو من تخريج بعضهم، وليس منصوصاً عليه، واختار الشيخ أبو حامد هذه الطريقة[6].

ومنقول المزني في «المختصر» يمكن تنزيله على القول الرابع، وبه قال الأكثرون. ويمكن تنزيله على الأول، وبه قال المسعودي، وهذا كله فيما إذا كان الثمن في الذمة. فإن كان معيناً؛ سقط القول الثالث[7].

---

(١) «جواهر الإكليل» (٢/ ٥٢).

(٢) «رد المحتار» (٤/ ٤٢-٤٣).

(٣) «المغني» (٤/ ٢١٩)، وهذا القول الثاني لأحمد.

(٤) «الأم» للشافعي (٥/ ٩٨).

(٥) في (ط الفكر): (واستغربه)! ولا معنى لها.

(٦) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٣١٣).

(٧) قال في «الروضة» (٣/ ٥٢٤): «قلت: الذي قطع به الجمهور، وهو المذهب: أنه يسقط الرابع أيضاً، كما لو باعه عرضاً بعرض، لأن الثمن يتعين بالتعيين عندنا. والله أعلم».

وإن تبايعا عرضاً بعرض؛ سقط القول الرابع أيضاً. وبقي قولان[1]:

أحدهما: أنهما[2] يجبران.

والثاني: لا يجبران، ويشبه أن يكون الأولُ أظهرَ. وبه قال أحمد[3]. وهو الذي أورده في «الشامل».

التفريع: إن قلنا: يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً، أو قلنا: لا يجبر، ولكنه تبرع وابتدأ بالتسليم؛ أُجبر المشتري على تسليم الثمن في الحال إن كان حاضراً في المجلس، وإلا فللمشتري حالتان:

إحداهما: أن يكون موسراً، فإن كان مالُه في البلد؛ يُحجَر عليه إلى أن يسلم الثمن؛ كي لا يتصرفَ في أملاكه بما يفوت[4] حق البائع.

وحكى صاحب الكتاب هاهنا وفي «الوسيط»[5] وجهاً: أنه لا يحجر عليه، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن، ولم أرَ لغيره نقل هذا الوجه على هذا الإطلاق.

فإن قلنا بالمذهب المشهور؛ ففيم يحجر عليه؟

قال عامة الأصحاب: يحجر عليه في المبيع، وفي سائر أمواله.

ومنهم من قال: لا يحجر عليه في سائر أمواله إن كان ماله وافياً بديونه، وهذا

---

(١) أي: قولان أوَّلان.

(٢) أي: البائع والمشتري.

(٣) ويجبر البائع والمشتري على القول الأول لأحمد، كما في «المغني» (٤/ ٢١٨-٢١٩).

(٤) في (ظ): (يفرق).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٥٧).

ما أورده صاحب «التهذيب»[١]؛ وعلى هذا، فهل يدخل المبيع في الاحتساب؟ فيه وجهان، أشبههما: أنه يدخل[٢].

وإن كان ماله غائباً عن البلد؛ فيُنظر: إن كان على مسافة القصر، فلا يكلف البائع الصبر إلى إحضاره. وفيم يفعل؟ وجهان:

أحدهما: أنه يباع في حقه ويؤدَّى من ثمنه.

والأظهر ـ عند الأكثرين ـ: أن له أن يفسخ البيع؛ لتعذر تحصيل[٣] الثمن، كما لو أفلس المشتري بالثمن، فإن فسخ؛ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار؛ فالحجر على ما سبق. وحكى الإمام[٤] عن ابن سريج: أنه لا فسخ، ولكن يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري، ويمهل إلى الإحضار. وادعى في «الوسيط»[٥] أنه الصحيح[٦].

وإن كان دون مسافة القصر؛ فهو كما لو كان في البلد، أو كما لو كان على مسافة القصر؟ فيه وجهان[٧]:

الحالة الثانية: أن يكون معسراً؛ فهو مفلس، والبائع أحق بمتاعه. وفيه وجه؛ أنه

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥١٢).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٥٢٥): «قلت: هذا الحجر يخالف الحجر على المفلس من وجهين:

أحدهما: أنه لا يسلط على الرجوع إلى عين المال. **والثاني:** أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء. واتفقوا على أنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس: لم يحجر أيضاً هذا الحجر، لعدم الحاجة إليه. والله أعلم».

(٣) في (ظ): (تسليم).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٧١).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٥٧).

(٦) في «الروضة» (٣/ ٥٢٥): (وزعم في «الوسيط» أنه الأصح، وليس كذلك).

(٧) قال في «الروضة» (٣/ ٥٢٥): «قلت: أصحُّهما: الأول، وبه قطع في «المحرر». والله أعلم».

لا فسخ، ولكن تباع السلعة ويوفى من ثمنها حق البائع، فإن فضل شيء فهو للمشتري. والمنصوص: الأول.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: (والبداءة بالبائع)، معلم بالميم والحاء. وكذا قوله: (ويتساويان)، وقوله: (وبالمشتري)، بالألف. ويجوز أن يعلم لفظ: (الأقوال)، بالواو؛ إشعاراً بالطريقة النافية للخلاف.

وقوله: (هذا لفظ الشافعي رضي الله عنه)، ليس هو هو، لكنه قريب منه. ولفظه في «المختصر»: «فإن غاب مالُه أشهد على وقف ماله، وأشهد على وقف السلعة، فإذا دفع أطلق عنه الوقف. فإن لم يكن له مال، فهو مفلس، والبائع أحق بسلعته». واعْلَمْ أن هذا النص ظاهرٌ في أنه إذا حجر عليه يحجر في السلعة المبيعة، وفي سائر الأموال، سواء كانت وافية بالديون أو لم تكن. ويمكن الاحتجاج به بما نقله الإمام عن ابن سريج؛ وهو: أنه لا فسخ عند الغيبة فإنه لم يثبت في الغيبة إلا الحجر، وخص أحقيته[١] بالمتاع بحالة الإفلاس[٢].

وقوله: (وذلك عند امتناع الفسخ بالفلس)، أراد به أنه لا حجر عند إمكان الفسخ بالفلس، وادعى في «الوسيط»[٣] الوفاق فيه، لكن ذكرنا أن من أثبت الفسخ عند الغيبة قال: إن اختار الصبر إلى الإحضار يحجر عليه.

وجميع ما ذكرنا من الأقوال والتفريع جار فيما إذا اختلف المكري والمكتري[٤] في البداءة بالتسليم بلا فرق.

---

(١) في (ظ): (لحقيقته).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٧١).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٥٧).

(٤) أي: المستأجر.

ثم هاهنا أمر مهم لا بد من ذكره؛ وهو أن طائفة توهمت أن الخلاف في البداءة بالتسليم خلاف في أن البائع هل له حق الحبس أم لا؟ إن قلنا: البداءة بالبائع؛ فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن، وإلا؛ فله ذلك.

ونازع الأكثرون فيه، وقالوا: هذا الخلاف مفروض فيما إذا كان نزاعهما في مجرد البداءة، وكان كل واحد منهما يبذل ما عليه، ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه؛ خوفاً من تعذر تحصيل الثمن؛ فله ذلك بلا خلاف، وكذلك للمشتري حق حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل المثمن[(١)] [(٢)]. نص على ذلك الشيخ أبو حامد[(٣)] وأقضى القُضَاةِ الماوردي[(٤)]، رحمهما الله.

والمثبتون من المتأخرين قالوا: إنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاً، أما المؤجل فليس له حبسه؛ لاستيفائه لرضاه بتأخيره، ولو لم يتفق التسليم حتى حلَّ الأجل؛ فلا حبس أيضاً، ولو تبرع بالتسليم: لم يكن له رده إلى حبسه، وكذا لو أعاره من المشتري في أصح الوجهين، ولو أودعه إياه: فله ذلك، ولو صالح من الثمن على مال لم يسقط حق الحبس؛ لاستيفاء العوض، ولو اشترى بوكالة اثنين شيئاً ووفّى نصف الثمن عن أحدهما؛ لم يجب على البائع تسليم النصف؛ بناءً على أن الاعتبار بالعاقد. ولو باع بوكالة اثنين[(٥)] فإذا أخذ[(٦)] نصيب أحدهما من الثمن؛ فعليه تسليم النصف.

---

(١) أي: المبيع.

(٢) من قوله: (بلا خلاف) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٣٨).

(٤) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٦٤).

(٥) من قوله: (شيئاً ووفّى) إلى هنا سقط من (ظ).

(٦) في «الروضة» (٣/ ٥٢٦): (قبض).

هكذا ذكره في «التهذيب»[١]، وفيه كلامان:

أحدهما: أن العبد المشترك بين الرجلين إذا باعه مالكاه، ففي انفراد أحدهما بأخذ نصيبه من الثمن وجهان، وكأَنَّ أخذ الوكيل لأحدهما مبنيٌّ على ثبوت الانفراد، لو باعا بأنفسهما.

والثاني: أنا إذا قلنا: إن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقد؛ فينبغي أن يكون تسليم النصف على الخلاف فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن، هل عليه تسليم قسطه من المبيع؟ وفيه وجهان ذكرناهما في باب التفريق. والله أعلم[٢].

* * *

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥١٠-٥١١).

(٢) قلت: انتهى المجلد الثامن من «العزيز» الذي طبع سنة (١٣٤٧هـ)، واعتبرناه نسخة: (ط الفكر)، قال طابعوه في آخر هذا المجلد ما بين صفحة (٤٩٤-٤٩٧): «هذا وليعلم المطلع على هذا السفر الجليل أنه ضاق المقام في هذا الجزء عن أن ندون به باقي كتاب البيوع من «شرح العزيز على متن الوجيز» للإمام الأمجد والعلامة الأوحد الإمام الرافعي رحمه الله رحمة واسعة، ولقد ألجأتنا الضرورة حتى وقفنا على موقفٍ كان لا يحسن الوقوف عليه، فإلى هنا نختم هذا الجزء، ونفتتح الجزء التالي إن شاء الله تعالى بقول المصنف: النظر الرابع: في موجب ألفاظ الكتاب المطلقة وتأثيرها باقتران العرف. والله ولي التوفيق».

قال رحمه الله:

(النَّظـرُ الرابعُ من الكتاب: في مُوجبِ الألفاظِ الـمطلقةِ وتأثيرِها باقترانِ العُرف.

وهي ثلاثةُ أقسام: الأول: ما يُطلَقُ في العقد، فمن اشترى شيئاً بمئةٍ فقالَ لغيرِه: ولَّيتُكَ هذا العَقد، فقَبِل؛ انتقلَ الملكُ إليه بالمئة، وسلَّمَ[١] الزوائدَ للأول، وتَتجدَّدُ الشُّفعةُ بجَرَيانِ هذا البَيع، (و) ولو حطَّ عن المئة؛ لَحِقَ الحطُّ (و) المشتري الثاني؛ لأنه في حقِّ الثَّمنِ كالبناء).

عرفتَ في أول البيع أن كلام هذا النظر فيها يقع، والألفاظ المتأثرة بالقرائن المنضمة إليها تنقسم إلى راجعةٍ إلى مطلق العقد، وإلى راجعةٍ إلى الثمن خاصة، وإلى راجعة إلى المبيع خاصة[٢].

أما القسم الأول: فمقصودُه بيان لفظتين، يشتمل الفصل على إحداها؛ وهي التولية.

والتوليـة: أن يشـتري شـيئاً ثم يقـول لغـيره: «ولّيتُك هـذا العقـدَ»، فيجوز، ويشترط قبوله في المجلس على عادة[٣] التخاطب، بأن يقول: «قبلتُ»، أو: «توليت». ويلزمـه مثل الثمن الأول جنسـاً وقدراً ووصفاً. ولا يشـترط ذكـرُه إذا علماه. فإن لم يعلمه المشـتري أعلمه أولاً ثم ولاه العقد. وهذا العقد بيعٌ، يشـترط فيه القدرة على

(١) في (ز): «وتُسلَّم». (م ع).

(٢) من قوله: (وإلى راجعة) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٣) في «الروضة» (٣/ ٥٢٧): (العادة)، وفي الأصل: (قاعدة).

التسليم، والتقابض إذا كان صَرْفاً، وسائر الشروط. ولا يجوز قبل قبض المبيع على ما مر في النظر الثالث.

والزوائد المنفصلة قبل التولية تبقى للمولَّى. ولو كان المبيع شقصاً مشفوعاً وعفا الشفيع: تجددت الشفعة بالتولية. ولو حط البائعُ بعد التولية بعض الثمن؛ انحط عن المولَّى أيضاً. ولو حط الكل؛ فكذلك، لأنه وإن كان بيعاً جديداً، فخاصيته وفائدته: التنزيل على الثمن الأول. وعن القاضي الحسين: أن الوجه التردد في جميع هذه الأحكام. فعلى رأيٍ: يجعل المُولَّى نائباً عن المولِّي، فتكون الزوائد للمولى[1]، ولا تتجدد الشفعة، ويلحق الحط المولي.

وعلى رأي: تعكس هذه الأحكام، ونقول: هي بيع جديد. وظاهر المذهب: الفرق بين الزوائد والشفعة وبين الحط. وعلى هذا؛ لَوْ حَطَّ البعض قبل التولية: لم تجز التولية إلا بالباقي، ولو حط الكل: لم تصح التولية.

ومن شرط التولية: أن يكون الثمن مثليّاً؛ ليأخذ المولى مثل ما بذل. فلو اشتراه بعرض: لم يجز فيه التولية.

قال في «التتمة»: إلا إذا انتقل ذلك العرض من البائع إلى إنسان فولاه العقد.

قال: ولو اشتراه بعرض وقال: «قام عليّ بكذا، وقد وليتك العقد بما قام عليَّ»، أو أرادت المرأة عقد التولية على صداقها بلفظ القيام، أو أراد الرجل التولية على ما أخذه من عوض الخلع؛ ففي جميع ذلك وجهان. ولو أخبر المولِّي عما اشترى به وكذب؛ فمنهم من قال: هو كالكذب في عقد المرابحة، وسيأتي، ومنهم من قال: يحط قدر الخيانة قولاً واحداً. والله أعلم.

---

(١) أي: للنائب.

قال:

(ولو قال: أشركتُكَ في هذا العَقدِ على المناصفة؛ كان توليةً في نصفِ المبيع، ولو لم يذكُرِ المناصفة، فالأصحّ التَّنزيلُ على الشَّطْر[1]).

اللفظة الثانية: الإشراك؛ وهو: أن يشتري شيئاً ثم يشرك غيره فيه؛ ليصير بعضه له بقسطه من الثمن.

ثم إنْ نصَّ على المناصفة أو غيرها، فذاك. وإن أطلق الاشتراك؛ فوجهان:

أحدهما: أنه يفسد العقد؛ للجهل بمقدار العوض، كما لو قال: «بعتك بمئة ذهباً وفضة».

والثاني: يصح، ويحمل على المناصفة[2]، كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو؛ يحمل على المناصفة. والأول هو الذي أورده في «التهذيب»[3]. والثاني أصحُّ عند صاحب الكتاب، وهو ما أورده في «التتمة».

والإشراك في البعض كالتولية في الكل في الأحكام التي ذكرنا.

* * *

---

(١) أقول: وهو المثبت في طبعة الشرح من دار الفكر وطبعتي الوجيز المتن بدار الكتب العلمية ودار الفكر وهو الموافق للسياق والشرح. (م ع).

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٥٢٨): «قلت: قطع القفال في «شرح التلخيص» بالوجه الثاني. وصححه في «المحرر»، وهو الأصح. قال القفال: وصورة التصريح بالإشراك في النصف: أن يقول: أشركتك بالنصف، فإن قال: أشركتك في النصف، كان له الربع. والله أعلم».

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٨٨).

قال:

(القسمُ الثاني: ما يُطلقُ في الثَّمنِ من ألفاظِ المرابحة، فإذا قال: بِعْتُ بما اشتريتُ وربحِ ده يازده، وكانَ قد اشترى بمئة؛ استحقَّ مئةً وعشرةً. ولو قال: بحطِّ ده يازده، وكانَ قد اشترى بمئةٍ وعشرة؛ استحقَّ مئةً (و). واللهُ أعلم).

بيع المرابحة جائز من غير كراهة، وهو عقد بني الثمن فيه على ثمن المبيع الأول مع زيادةٍ، مثل أن يشتري شيئاً بمئة، ثم يقول لغيره: «بعت هذا بما اشتريته وربح ده يازده»[١]، أو: «بربحِ درهمٍ لكل عشرة، أو في كل عشرة». ويجوز أن يضم إلى رأس المال شيئاً ثم يبيعه مرابحة، مثل أن يقول: «اشتريته بمئة وقد بعتكه بمئتين وربح ده يازده»، وكأنه قال: «بعت بمئتين وعشرين».

وكما يجوز البيع مرابحة، يجوز محاطة، مثل أن يقول: «بعت بما اشتريت بحط ده يازده». وفي القدر المحطوط وجهان:

أحدهما: أنه يحط من كل عشرة واحد، كما زيد في المرابحة على كل عشرة واحد[٢].

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يحط من كل أحد عشر واحد؛ لأن الربح في المرابحة جزءٌ من أحد عشر فليكن كذلك الحط في المحاطة. وليس في حط واحد من العشرة رعاية لنسبة ده يازده. فإذا كان قد اشترى بمئة؛ فالثمن على الوجه

---

(١) ده بالفارسية: عشرة. ويازده: أحد عشر. وده يازده، أي: كل عشرة ربحها درهم. قاله في «مغني المحتاج» (٢/ ٧٧). وفي نسخة (ط الفكر) و(ز): (بازده)، بالباء بدل الياء، وهو خطأ. (بازده) في الفارسية والكردية تعني: (خمسة عشر) فربما لها وجه يغني عن تخطئة ما في النسختين.

(٢) من قوله: (كما زيد في) إلى هنا سقط من (ظ).

الأول: تسعون. وعلى الثاني: تسعون وعشرة أجزاء. كما زيد في المرابحة على كل عشرة واحد[١] من أحد عشر جزءاً من درهم حطّاً[٢] لتسعة من تسعة وتسعين، ولجزء من أحد عشر جزءاً من الدرهم الباقي، ولو كان اشترى بمئة وعشرة؛ فالثمن الآن على الوجه الأول: تسعة وتسعون، وعلى الثاني: مئة، وعلى هذا القياس.

وصوَّر كثير من العراقيين وغيرهم المسألةَ فيما إذا قال: «بعت بما اشتريت بحط درهم من كل عشرة»، وأوردوا فيها الوجهين. قال إمام الحرمين: وهو غلط؛ فإن في هذه الصيغة تصريحاً بحط واحد من كل عشرة، فلا معنى للتردد فيه، وإنما موضع التردد لفظ: ده يازده، وهذا اعتراض بين[٣]. وذكر القاضي الماوردي وغيره: أنه إذا قال: «بحط درهم من كل عشرة». فالمحطوط واحد من عشرة. ولو قال: «بحط درهم لكل عشرة»؛ فالمحطوط واحد من أحد عشر[٤]. والله أعلم.

قال:

(ولو قال: بعتُكَ بما قامَ عليّ؛ استحقَّ معَ الثَّمنِ ما بذلَه من أجرةِ الدَّلالِ والكيّالِ وكراءِ البيت، ولا يَستحقُّ ما أنفقَه في علفِ الدّابة، ولا أجرةَ مثلِه إن كانَ يعملُ بنفسِه أو كانَ البيتُ ملكَه؛ لأنه ليسَ من خرجِ التِّجارة).

بيع المرابحة يفرض بعبارات، أكثرها دوراناً على الألسن ثلاث:

إحداها: «بعت بما اشتريت» أو: «بما بذلت من الثمن وربح كذا».

---

(١) من قوله: (كما زيد في) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٢) في (ظ): (حط).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٩٥).

(٤) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٨٣).

والثانية: «بعت بما قام عليّ وربح كذا». ويختلف حكم العبارتين في الداخل تحتها، وفيما يجب الإخبار عنه، كما سنفصله من بعد. فإذا قال: «بعتُ بما اشتريت»؛ لم يدخل فيه سوى الثمن. وإذا قال: «بما قَامَ عليّ»؛ دخل فيه مع الثمن أجرةُ الكيَّال، والدلّال، والحَمَّال، والحارس[1]، والقصار، والرّفاء[2]، والصبّاغ، وقيمة الصبغ، وأجرة الخبّاز[3]، وتطيين الدار، وسائر المؤونات التي تلزم للاسترباح، وألحق بها كراء البيت الذي فيه المتاع. قال الإمام: لأن التربص ركن في التخاير وانتظار الأسعار[4].

وأما المؤونات التي يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح، كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة، فلا تدخل فيه، ويقع ذلك في مقابلة المنافع والفوائد المستوفاة من المبيع.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنها تدخل أيضاً.

والمشهور: الأول، نعم العلف الزائد على المعتاد[5] للتسمين يدخل فيه. ذكره القاضي حسين وغيره.

وأجرة الطبيب إن اشتراه مريضاً كأجرة القصار ونحوها؛ لازدياد قيمته بزوال المرض. وإن حدث المرض في يده؛ فهي كالنفقة.

وفي مؤونة السائس تردد عند الإمام، والأظهر: إلحاقها بالعلف[6].

---

(١) في الأصل: (الحارث).

(٢) الرفاء بالمد: من رفَوْت الثوب رَفْواً، ورفيته رفياً، ورفأته في لغة، أي: أصلحته. «المصباح المنير»، مادة: رفو.

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (الختان).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٩٢).

(٥) قوله: (على المعتاد) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٩٣).

ولو قصر الثوب بنفسه أو كال أو حمل أو طين الدار بنفسه؛ لم تدخل الأجرة فيه؛ لأن السلعة لا تعد قائمة عليه إلا بما بذل، وكذا لو كان البيت ملكه. وكذا لو تطوع متطوع[١] بالعمل أو بإعارة البيت. فإن أراد اشتراك ذلك، فسبيلُه أن يقول: «اشتريت» أو: «قام عليّ بكذا وعملت فيه ما أجرته كذا، وقد بعتك بهما وربح[٢] كذا».

والعبارة الثالثة: أن يقول: «بعتك برأس المال وربح كذا». فالمذهب الظاهر: أنه كما لو قال: «بما اشتريت»؛ لأن السابق إلى الأفهام من رأس المال الثمن. وعن القاضي أبي الطيب: أنه كما لو قال: «بما قام عليّ»، وهو اختيار ابن الصباغ.

وذكر صاحب «التتمة»: أن المَكْس[٣] الذي يأخذه السلطان يدخل في لفظة القيام. وأن في دخول الفداء إذا جنى العبد ففداه وجهين. والذي أورده الأكثرون: أنه لا يدخل فداءُ الجناية ولا ما أعطاه واسترد به المغصوب في شيء من الألفاظ.

والعبارات الثلاث تجري في المحاطة جريانها في المرابحة. والله أعلم.

قال:

(فلو كان مقدارُ ما اشترى به أو ما قام عليه مجهولاً للمشتري الثاني عند العَقْد بطل (و) عقدُه).

ينبغي أن يكون رأس المال أو ما قامت به السلعة عليه معلوماً عند المتبايعين في بيع المرابحة. فإن تبايعا وأحدهما جاهلٌ به؛ ففي صحة العقد وجهان:

---

(١) أي: تبرع أجنبي.

(٢) في (ط الفكر) و(ظ): (ربحت).

(٣) المَكْسُ: ما يأخذه أعوان السلطان ظلماً عند البيع والشراء. «المصباح المنير»، مادة: مكس.

أصحهما، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يصح؛ للجهل بالثمن، كما في غير المرابحة. وعلى هذا: فلو أزيلت الجهالة في المجلس: لم ينقلب العقد صحيحاً.

وفيه وجه: أنه ينقلب صحيحاً، وبه قال أبو حنيفة[1].

والثاني: أنه يصح؛ لأن الثمن فيه مبني على الثمن في العقد الأول؛ الرجوعُ إليه سهلٌ، فصار كالشفيع يطلب الشفعة قبل الإحاطة بمبلغ الثمن، يجوز لسهولة معرفته. وعلى هذا ففي اشتراط إزالة الجهالة في المجلس وجهان. ومهما كان الثمن دراهم معينة غير معلومةِ الوزن، ففي جواز بيعه مرابحة الخلاف المذكور، والأصح: المنع حتى يعرف.

وإذا تأملت ما ذكرنا تبين لك أن قوله: (للمشتري الثاني)، ليس لتخصيص الحكم بالمشتري، بل لو كان مجهولاً للبائع لكان الحكم كذلك. والله أعلم.

قال:

(ويَجبُ (ح) على البائعِ حفظُ الأمانةِ بالصِّدق، في قدرِ ما اشترى به، والإخبارِ عما طرأ في يدِه من عيبٍ مُنقِصٍ أو جنايةٍ (ح)، ولا يلزمُه الإخبارُ عن الغَبنِ (و) في العَقد، ولا عن البائعِ وإن كان ولَدَه (ح و)، ويجبُ ذكرُ تأجيلِ الثَّمن).

بيع المرابحة مبني على الأمانة؛ لاعتماد المشتري نظر البائع، واستقصاه ورضاه لنفسه ما رضيه البائع مع زيادة يبذلها، فعلى البائع الصدق في الإخبار عما اشترى به،

---

(١) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٧٩): «وإن علم المشتري قدره في المجلس: خير بين أخذه وتركه».

وعما قام به عليه إن كان يبيع بلفظ القيام. ولو اشترى بمئة وخرج عن ملكه، ثم اشتراه بخمسين؛ فرأس ماله خمسون، ولا يجوز ضم الثمن الأول إليه. ولو اشتراه بمئة وباعه بخمسين ثم اشتراه ثانياً بمئة؛ فرأس ماله مئة. ولا يجوز أن يخبر بمئة وخمسين من قبل خسارته خمسين. ولو اشتراه بمئة وباعه بمئة وخمسين ثم اشتراه بمئة؛ فإن كان يبيعه مرابحة بلفظ رأس المال أو بلفظ ما اشتريتُ؛ أخبر بمئة ولا يلزمه أن يحط منه ربح البيع الأول، كما لم يجز في الصورة الأولى ضم الخسران إلى المئة.

وعن أبي حنيفة[١] وأحمد[٢]: أنه يجب حط ربح البيع الأول.

وإن باعه بلفظ: «قام عليّ»؛ فوجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن ابن سريج ـ: أنه لا يخبر إلا بخمسين. فإن أهل العرف يعدون السلعة والحالة هذه قائمة عليه بذلك.

وأصحهما: أنه يخبر بمئة؛ لأن الملك الأخير قائم عليه بمئة.

ويكره أن يواطئ وكيله[٣] ببيع ما اشتراه ثم يشتريه منه بأكثر ليخبر به في المرابحة. ولو فعل؛ قال ابن الصباغ: يثبت للمشتري الخيار. وخالفه غيره[٤].

ولو اشترى سلعة ثُم قَبْل لزومِ العقد أَلْحَقَا بالثمن زيادةً أو نقصاناً وصححاه؛

---

(١) قال في «رد المحتار» (٤/ ١٥٦): «اشترى بعشرة وباعه مرابحة بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول: قام عليّ بخمسة»، قلت: وبالحط قال أبو يوسف، كما في «رد المحتار» (٤/ ١٥٥).

(٢) «المغني» (٤/ ١٩٩).

(٣) أي: صاحبه.

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٥٣٢): «قلت: ممن خالفه: صاحب «المهذب» للشيرازي (٢/ ٦٠) وغيره، وقول ابن الصباغ أقوى. والله أعلم».

فالثمن ما استقر عليه العقد. وإن حط عنه بعضَ الثمن بعد لزوم العقد، وباع بلفظ: «ما اشتريت»: لم يلزمه حطُّ المحطوط عنه خلافاً لأبي حنيفة[1]. وإن باعه بلفظ: «قام عليَّ»؛ لم يخبر إلا بالباقي. فإن حط الكل؛ لم يجز بيعه مرابحة بهذا اللفظ. ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المرابحة: لم يلحق الحط المشتري منه. وعن الشيخ أبي محمد وجه: أنه يلحق، كما في التولية والإشراك.

ولو اشترى شيئاً بعرض وباعه مرابحة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام؛ ذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا، ولا يقتصر على ذكر القيمة؛ لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالنقد. ولو اشتراه بدين على البائع، فإن كان مَلِيئاً[2] غير مماطل[3]: لم يجب الإخبار عنه، وإن كان مماطلاً: وجب؛ لأنه يشتري من مثله بالزيادة للتخلص من التقاضي.

ويجوز أن يبيع مرابحة بعض الشيء الذي اشتراه ويذكر قسطه من الثمن، وكذا لو اشترى قفيزَيْ حنطة ونحوها وباع أَحَدَهُمَا مرابحة. ولو اشترى عبدين أو ثوبين وأراد بيع أحدهما مرابحة؛ فسبيله: أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء، ويوزع الثمن على القيمتين، ثم يبيعه بحصته من الثمن.

وقال أبو حنيفة[4] وأحمد[5]: لا يجوز بيع أحدهما مرابحة؛ لأن التوزيع بالقيمة تخمين.

---

(١) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٧٦): «فلو هلك المبيع قبل الرد إلى البائع، أو امتنع الفسخ بحدوث ما يمنع الرد: لزم كل الثمن المسمى، وسقط الخيار اتفاقاً».

(٢) يقال: رجل مليء، مهموز على فَعِيل: غَنِيٌّ مقتدر. «المصباح المنير»، مادة: ملي. وفي نسخ «العزيز»: (مَلِيّاً).

(٣) قوله: (غير مماطل) سقط من (ظ).

(٤) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٧٩): «ولو اشترى ثوبين بصفقة واحدة كلّاً بخمسة، كره بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان».

(٥) قوله: «وأحمد» سقط من (ط الفكر) و(ز). وانظر «المغني» (٤/ ٢٠٣).

ثم في الفصل صور:

إحداها: يجب الإخبار عن العيوب الطارئة في يده، سواء حدث العيب بآفة سماوية أو بجنايته أو بجناية أجنبي؛ لأن المشتري يبني العقد على العقد الأول، ويتوهم بقاء المبيع على ما كان. ولا فرق بين ما ينقص العين وما ينقص القيمة، كما في الرد.

وعن أبي حنيفة[١]: أنه لا يجب الإخبار عن العيب الحادث بالآفة السماوية.

ولو اطلع على عيب قديم واختار إمساكه؛ ذكره في بيع المرابحة، ولو تعذر رده لعيب حادث وأخذ الأرش؛ فإن باعه مرابحة بلفظ: «قام عليَّ»: حط الأرش. وإن باعه بلفظ: «ما اشتريت»: ذكر ما جرى به العقد. ويجب أن يذكر أيضاً العيب واسترداد الأرش؛ فإن الأرش المسترد جزء من الثمن. ولو أخذ أرش الجناية ثم باعه؛ فإن باع بلفظ: «ما اشتريت»: ذكر الثمن وأخبر بالجناية، وإن باع بلفظ: «قام عليَّ»: فوجهان:

أحدهما: أنه نازل منزلة الكسب، والزيادات والمبيع قائم عليه بتمام الثمن.

وأصحهما: أنه يحط الأرش من الثمن كأرش العيب. والمراد من الأرش هاهنا: قدر النقصان، لا المأخوذ بتمامه. فإذا قطعت يد العبد وقيمته مئة فنقص منها ثلاثون؛ يأخذ خمسين[٢] ويحط من الثمن ثلاثين، لا خمسين. وحكى الإمام وجهاً آخر؛ أنه يحط جميع المأخوذ من الثمن[٣]. ولو نقص من القيمة أكثر من الأرش المقدر؛ حط ما أخذ من الثمن، وأخبر عن قيامه عليه بالباقي، وأنه نقص من قيمته كذا.

---

(١) «تبيين الحقائق» (٤/ ٧٨).

(٢) في (ظ): (خمس).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٠٣).

الثانية: إذا كان قد اشتراه بغبن، فهل يلزمه الإخبار عنه؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ عند الإمام، وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه لا يلزم؛ لأنه باع ما اشترى كما اشترى[1].

والثاني: يلزم؛ لأن المشتري منه اعتمد على نظره، ويعتقد أنه لا يحتمل الغبن، فليخبره؛ ليكون على بصيرةٍ من أمره.

وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه؛ لأمرين:

أحدهما: أنهم قالوا: لو اشتراه بدين من مماطل؛ وجب الإخبار عنه؛ لأن الغالب أنه يشتري من مثله بالزيادة، وقد مر ذلك.

والثاني: أنهم قالوا: لو اشترى من ابنه الطفل؛ وجب الإخبار عنه؛ لأن الغالب في مثله الزيادة في الثمن؛ نظراً للطفل واحترازاً عن التهمة. فإذا وجب الإخبار عند ظن الغبن، فلأَنْ يَجِبَ عند تعيينة كان أولى.

وإن اشتراه من ولده البالغ أو من أبيه؛ فأصح الوجهين باتفاق الأئمة: أنه لا يجب الإخبار عنه، كما لو اشترى من زوجته أو مكاتبه. وفي «الشامل» ما يقتضي تردداً في المكاتب.

وعند أبي حنيفة[2] وأحمد[3]: إذا اشتراه من ابنه أو أبيه؛ وجب الإخبار عنه.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٠٥).

(٢) قال في «الدر المختار» (٤/ ١٥٧): «وكذا ـ رابح ـ كل من لا تقبل شهادته كأصله وفرعه. ولو بين ذلك رابح على شراء نفسه».

(٣) قال في «المغني» (٤/ ٢٠٤): «وإن اشترى شيئاً بثمن مؤجل، لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك. وإن اشتراه من أبيه أو ابنه أو ممن لا تقبل شهادته له، لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره. وبهذا قال أبو حنيفة».

الثالثة: إذا اشتراه بثمن مؤجل، وجب الإخبار عنه؛ للتفاوت الظاهر بين المؤجل والمعجل في المالية. وفي «البيان» حكاية وجه غريب: أنه لا يجب التعرض له[١].

الرابعة: لا يجب الإخبار عن وطء الثيب، ولا عن مهرها الذي تأخذه[٢]، ولا عن الزيادات المنفصلة، كالولد واللبن والصوف والثمرة. ولو كانت حاملاً يوم الشراء أو كان في ضرعها لبن أو على ظهرها صوف أو على النخلة طلع، فاستوفاها؛ حط بقسطها من الثمن. وهذا في الحمل مبني على أنه يقابله[٣] قسط من الثمن. والله أعلم.

قال:

(فإن كذبَ في شيءٍ من ذلك؛ ففي استحقاقِ حطِّ قَدرِ التَّفاوتِ قولان؛ فإن قلنا: لا يَحطّ؛ فله الخيار؛ لكونِه مظلوماً بالتَّلبيس، إلا إذا كانَ عالماً بكذبِه، والأصحّ: أن لا خيارَ للبائعِ إن قُلنا: يحطّ، ولا للمشتري).

إذا قال: «اشتريته بمئةٍ» وباعه مرابحة ثم بان أنه اشتراه بتسعين إما بإقراره أو بالبينة؛ فالبيع صحيح على المذهب؛ لأن غايةَ ما فيه التغريرُ والتدليسُ، وذاك لا يمنع صحةَ المبيع، كما لو روّج عليه معيباً. وعن رواية القاضي أبي حامد وغيره وجه: أنه لا يصح؛ لكون الثمن مجهولاً عند العقد. ويحكى هذا عن مالك[٤].

---

(١) «البيان» للعمراني (٥/ ٣٣٧).

(٢) في (ظ): (أخذه).

(٣) أي: يأخذ قسطاً من الثمن.

(٤) قال في «التاج والإكليل» (٤/ ٤٩٥): «ومدلس المرابحة كغيرها. ابن رشد: من دلس بعيب في بيع المرابحة فحكمه حكم من باع غير مرابحة في قيام السلعة وفواتها، إن كانت قائمة، خير بين أن يرد ويرجع بجميع الثمن أو يمسك ولا شيء له. وإن كانت قد فاتت بعيب مفسد، كان مخيَّراً بين أن يرد ويرد ما نقصه العيب الحادث عنده، وبين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب وما ينوبه من الربح».

وإذا قلنا بظاهر المذهب؛ فلا يخلو كذبه في هذا الإخبار إما أن يكون خيانة أو غلطاً.

أما في الحالة الأولى؛ فقولان منصوصان في «اختلاف العراقيين»:

أصحهما ـ وهو المنقول في «المختصر»، وبه قال أحمد[١] ـ: أنا نحكم بانحطاط الزيادة وحصتها من الربح؛ لأنه تمليك باعتبار الثمن الأول، فيحط الزائد عليه، كما في الشفعة.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٢] ـ: أنا لا نحكم به؛ لأنه سمى ثمناً معلوماً وعقد به العقد، فليجب وإن كان ملبساً.

وأما في الحالة الثانية؛ فالمنصوص القول الأول. والثاني مخرج من مثله في الحالة الأولى.

التفريع:

إن حكمنا بالانحطاط[٣] فهل للمشتري الخيار؟ نقل المزني أنه يثبت. وقال في «اختلاف العراقيين»: لا يثبت. فمن الأصحاب من قال: في المسألة قولان:

أظهرهما: أنه لا خيار له؛ لأنه قد رضي بالأكثر، فأولى أن يرضى بالأقل.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٤] ـ: أنه يثبت الخيار؛ لأنه إن بان كذبه بالإقرار لم

---

(١) «المغني» (٤/ ١٩٩).

(٢) قال في «رد المحتار» (٤/ ١٥٥): «فإن ظهرت خيانته في مرابحة بإقراره أو برهان على ذلك أو بنكول له عن اليمين، أخذه المشتري بكل ثمنه، أو رده، لفوات الرضا، ولا حط هنا بخلاف التولية، وهذا عنده. وقال أبو يوسف: يحط فيهما. وقال محمد: يخيَّر بينهما».

(٣) أي: بالسقوط.

(٤) «رد المحتار» (٤/ ١٥٥).

يؤمن كذبه ثانياً وثالثاً. وإن[1] بان بالبينة فقد تخالف الظاهر والباطن، وأيضاً: فقد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ؛ لتحلة قسم وإنفاذ وصية ونحوهما.

ومنهم من حمل النص الأول على ما إذا تبين كذب البائع بالبينة، والثاني على ما إذا تبين بإقراره. والفرق: أنه إذا ظهرت بالبينة خيانته لم تؤمن خيانته من وجه آخر، والإقرار يشعر بالأمانة وبذل النصح. والطريقة الأُولى أظهر.

فإن قلنا: لا خيار له، أو قلنا: له الخيار[2]، فأمسك بما يبقى بعد الحط؛ فهل للبائع الخيار؟ فيه وجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لم يسلم له ما سماه في العقد.

وأظهرهما: لا؛ إذ يبعد أن يصير تلبيسه أو غلطه سبباً لثبوت الخيار له. ومنهم من خص الوجهين بصورة الخيانة، وقطع بثبوت الخيار عند الغلط.

فإن حكمنا بعدم الانحطاط؛ فللمشتري الخيار؛ لأن البائع قد غرّه إلا أن يكون عالماً بكذب البائع، فيكون كما لو اشترى معيباً وهو عالم بعيبه. وإذا أثبت الخيار؛ فلو قال البائع: «لا تفسخ فإني أحط الزيادة عنك»؛ ففي سقوط خياره وجهان.

وجميع ما ذكرناه فيما إذا كان المبيع باقياً، أما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع؛ فإن القاضي الماوردي ذكر أنه تنحط الخيانة وحصتها من الربح قولاً واحداً، والظاهر[3] جريان القولين في الانحطاط[4].

---

(١) وما يليه اعتبره النووي الطريق الثاني، وهو أنه إن بان كذبه بالبينة، فله الخيار، وإن بان بالإقرار، فلا. وأما ما ذكِر قبله فهو الطريق الأول، والأظهر.

(٢) قوله: (أو قلنا: له الخيار) سقط من (ط الفكر).

(٣) أي: الأصح طرد القولين. هكذا اختصره صاحب «الروضة».

(٤) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٨٥). وقال في «الروضة» (٣/ ٥٣٥): «قلت: هو الذي قطع به الماوردي، نقله صاحب «المهذب» للشيرازي (٥/ ٣٣٦) والشاشي عن أصحابنا مطلقاً. والله أعلم».

فإن قلنا بالانحطاط؛ فلا خيار للمشتري؛ لأن البائع قد لا يريد[١] القيمة، فالفسخ ورد القيمة يضر به. وأما البائع؛ فإن لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة؛ فكذلك هاهنا، وإن أثبتناه ثَم ثبت هاهنا، كما لو وجد بالعبد عيباً والثوب الذي هو عوضه[٢] تالف.

وإن قلنا بعدم الانحطاط فهل للمشتري الفسخ؟ فيه وجهان، أظهرهما: لا[٣]. كما لو عَرَف العيب بعد تلف المبيع، ولكن يرجع بقدر التفاوت وحصته من الربح، كما يرجع بأرش العيب.

وعن أبي حنيفة[٤]: أنه لا يفسخ ولا يرجع بشيء.

ولو كان قد اشتراه بثمن مؤجل وحال، فلم يتبين كونه مؤجلاً؛ لم يثبت الأجل في حق المشتري الثاني، ولكن له الخيار. وكذلك إذا ترك ذكر شيء آخر مما يجب ذكره.

وقوله في الكتاب: (فإن كذب في شيء من ذلك؛ ففي استحقاق حط قدر التفاوت قولان)، يقتضي إثبات الخلاف فيما إذا أخبر عن سلامة المبيع وكان معيباً أو عن حلول الثمن وكان مؤجلاً، كما لو أخبر عن القدر كاذباً، وقد صرح في «الوسيط»[٥] بذلك فيما إذا لم يخبر عن العيب، فضلًا عن أن يخبر عن السلامة كاذباً، ولكن لم أر لغير المصنف رحمه الله تعرضاً لذلك، فإن ثبت الخلاف؛ فالسبيل ـ على قول الحطِّ ـ النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها[٦]. والله أعلم.

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (لا يزيد).

(٢) في (ط الفكر): (عرضه).

(٣) قوله: (لا) أثبته من «الروضة» (٣/ ٥٣٥)، حيث سقط من الأصل.

(٤) بل قال أبو حنيفة رحمه الله: «للمشتري أخذه بكل ثمنه أو رده، لفوات الرضا».
انظر: «رد المحتار» (٤/ ١٥٥).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٦٤-١٦٥).

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٥٣٦): «قلت: المعروف في المذهب: أنه لا حط بذلك. ويندفع عن المشتري بثبوت الخيار. والله أعلم».

قال:

(ولو كذبَ بنُقصانِ الثَّمنِ وصدَّقه المشتري؛ فالأصحّ: أن لا تلحقَه الزِّيادة؛ إذ العقدُ لا يَحتملُ الزِّيادة، ولكن للبائعِ الخيارُ إن صدَّقه المشتري. وإن كذَّبه؛ فلا تُسمعَ بَيِّنتُه ودعواه؛ لأنه على نقيضِ ما سبقَ منه. وإن ذكرَ وجهاً مخيّلاً في الغَلط؛ فتُسمَعُ دعواه على رأيٍ لبعضِ الأصحاب متّجه).

تكلمنا فيما إذا كذب المشتري في قدر الثمن بالزيادة غلطاً أو خيانة.

أما إذا كذب بالنقصان بأن قال: «كان الثمنُ أو رأسُ المال أو ما قامت به السلعةُ عليَّ مئة» وباع مرابحة، ثم عاد وقال: «غَلطْتُ وإنما هو مئة وعشرة»؛ فننظر: إن صدقه المشتري؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح البيع، كما لو غلط بالزيادة.

وأصحهما ـ عند الإمام[1] وصاحب «التهذيب»[2] ـ: أنه لا يصح؛ لتعذر إمضائه[3]؛ فإن العقد لا يحتمل الزيادة. وأما النقصان فهو معهود بدليل الأرش.

فإن قلنا بالأول:

فأصح الوجهين: أن الزيادة لا تثبت، ولكن للبائع الخيار.

والثاني: أنها تثبت مع ربحها، وللمشتري الخيار.

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٢٩٨-٢٩٩).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٨٧).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٣٦): «قلت: الأول أصح. وبه قطع المحاملي والجرجاني وصاحب «المهذب» والشاشي وخلائق. والله أعلم».

وقوله في الكتاب: (فالأصح أن لا تلحقه الزيادة؛ إذ[١] العقد لا يحتمل الزيادة) إلى آخره، أراد به الوجهين الأخيرين المفرعين على وجه الصحة، وذلك جواب منه بالصحة. وهو الذي أورده القاضي الماوردي[٢].

وقوله آخراً: (إن صدقه المشتري)، تكرار غير محتاج إليه؛ فإنه قد تبين[٣] ذلك في التصوير أولاً.

وإن كذبه المشتري فهذا يفرض على وجهين:

أحدهما: أن لا يبين للغلط وجهاً مخيلاً، فلا يقبل قوله. ولو أقام عليه بينة؛ لا تسمع دعواه؛ لأن اعترافه بأن الثمن مئة يكذب قولَه الثاني وبينتَه. فلو زعم أن المشتري عارف بصدقه والتمس تحليفه على أنه لا يعرف ذلك؛ فوجهان، في أنه هل يجاب؟

أحدهما: لا يجاب، كما لا تسمع بينته.

والثاني: يجاب؛ لأنه ربما يقر عند عرض اليمين[٤] عليه[٥].

فعلى هذا: إن نكل، هل ترد اليمين على المدعي؟ فيه وجهان[٦] بناءً على أن اليمين المردودة بعد نكول المدعى عليه[٧] كالإقرار من جهة المدعى عليه، أو كالبينة من جهة المدعى؟ وهذا أصل يشرح في موضعه. فعلى الأول: يرد، وعلى الثاني: لا.

---

(١) قوله: (لا تلحقه الزيادة إذ) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٢) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٢٨٤).

(٣) في (ز): (بين).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ): (الثمن).

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٥٣٧): «قلت: أصحهما: له تحليفه. وبه قطع المحاملي في «المقنع» وغيره. والله أعلم».

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٥٣٧): «قلت: أصحهما: ترد. والله أعلم».

(٧) سقط من (ظ).

ثم إذا قلنا بتحليف المشتري، فإنما يحلف على نفي العلم. فإن حلف؛ أمضى العقد على ما حلف عليه. وإن نكل ورددنا اليمين؛ فالبائع يحلف على القطع، وإذا حلف؛ فللمشتري الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه وبين الفسخ. كذا أطلقوه، وقضية تنزيله[١] منزلة إقرار المدعى عليه: أن يعود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق.

والثاني: أن يتبين للغلط وجهاً مخيلاً، مثل أن يقول: «ما كنت اشتريته بنفسي، وإنما اشتراه وكيلي وأخبرني أن الثمن مئة فبان خلافه»، أو: «ورد عليَّ كتاب منه فبان مُزَوَّراً»، أو أن يقول: «راجعت جريدتي فغلطت من ثمن متاع إلى غيره»؛ فتسمع دعواه للتحليف؛ لأن بيان هذه الأعذار يحرك ظن صدقه. ومنهم من طرد الخلاف في التحليف. وسماع البينة يترتب على التحليف؛ إن قلنا: لا تحليف؛ فالبينة أولى ألَّا تُسْمَع. وإن قلنا: له التحليف؛ ففي البينة وجهان. والأظهر: أنها تسمع أيضاً.

وقوله في الكتاب: (فلا تسمع بينته ودعواه)، جوابٌ على أنه ليس له التحليف، وإلا فالتمكين من التحليف يتضمن سماع البينة[٢] والإصغاء إليها، وعلى مقابلته قوله: (فتسمع دعواه على رأي)، يشعر بسماع البينة وجواز التحليف. والله أعلم.

فرع: قوله في المرابحة: «بعتك بكذا» يقتضي أن يكون الربح من جنس الثمن الأول، ولكن يجوز أن يجعل الربح من غير جنس الأصل. ولو قال: «اشتريتُ بكذا» أو: «بعتك به وربح درهم، على كل عشرة»؛ فالربح يكون من نقد البلد؛ لإطلاقه الدرهم والأصل مثل الثمن سواء كان من نقد البلد أو غيره.

فرع آخر: لو اتَّهب بغير عوض لم يجز بيعه مرابحة، إلا أن يبين القيمة ويبيع مرابحة. وإن اتهب بشرط الثواب؛ ذكره وباع به مرابحة، وإذا آجَر داراً بعبد أو

---

(١) أي: مقتضى قولنا: إن اليمين المردودة مع نكول المدعى عليه تنزل.

(٢) في (ظ): (الدعوى).

نكح[1] على عبد أو خالع زوجته عليه أو صالح عن الدم عليه؛ لم يجز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء، ويجوز بلفظ: «قام عليّ». وبذكره[2] في الإجارة أجرة مثل الدار، وفي النكاح والخلع مهر المثل، وفي الصلح عن الدم الدية.

واعلم أن الأئمة أطبقوا على تصوير المرابحة فيما إذا قال: «بعتُ بما اشتريتُ وربح كذا» أو: «بما قام عليّ»، ولم يذكروا فيه خلافاً. وفيما إذا أوصى لإنسان بنصيب ابنه، ذكروا وجهاً: أنه لا يصح إذا قال: «بمثل نصيب ابني»، فكأنهم اقتصروا هاهنا على إيراد ما هو الأصح، وإلا فلا فرق بين البابين[3]. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(القسم الثالث: ما يُطلقُ في المبيع، وهي ستّةُ ألفاظ: الأول: لفظُ الأرض، وفي معناها: العَرْصَةُ والسّاحةُ والبُقعة، ولا تَندرجُ تحتَها الأشجارُ والبناء؛ على أصحِّ القولين، إلا إذا قال: بعتُ الأرضَ (و) بما فيها).

ذكر في هذا القسم ألفاظاً[4] تمس الحاجة إلى معرفة ما يندرج فيها وما لا يندرج: منها: الأرض والعرصة والساحة[5] والبقعة[6]. فإذا قال: «بعتك هذه الأرض»،

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (نكحت).

(٢) في «الروضة»: (ويذكر).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٣٨): «قلت: هذا التأويل خلاف مقتضى كلامهم، والفرق ظاهر، فإن السابق إلى الفهم من قوله: «بما اشتريت» أن معناه: بمثل ما اشتريت، وحذفه اختصار. ولا يظهر هذا التقدير في الوصية. والله أعلم».

(٤) أي: ألفاظاً تتعلق بالمبيع.

(٥) قدَّمه على: (العرصة) في (ز). والعرصة: هي الساحة والبقعة الواسعة التي ليس فيها بناء. «المصباح المنير»، مادة: عرص.

(٦) البقعة من الأرض: القطعة منها. «المصباح المنير»، مادة: بقع.

وكان فيها أبنيةٌ وأشجار؛ نُظِر: إن قال: «دون ما فيها من البناء والشجر»؛ لم تدخل هي في البيع. وإن قال: «بعتكها بما فيها»؛ دخلت الأبنية والأشجار. وكذا لو قال: «بعتكها بحقوقها» على المشهور، وحكى الإمام وجهاً: أنها لا تدخل[١].

وحقوق الأرض: الممر ومجرى الماء وما أشبههما.

وإن أطلق؛ فنَصَّه هاهنا: أنها تدخل. ونص فيما لو رهن الأرض، وأطلق أنها لا تدخل.

وللأصحاب فيها طرق:

أحدها: أن فيهما قولين بالنقل والتخريج:

وجه الدخول: أنها للدوام والثبات في الأرض، فأشبهت أجزاء الأرض. ولهذا يلحق بها في الأخذ بالشفعة.

ووجه المنع: خروجها عن مسمى الأرض.

والثاني: تقرير النصين.

والفرق: أن البيع قويٌّ؛ لإزالة الملك، فيستتبع الشجر والبناء، والرهن بخلافه؛ ولهذا يكون النماء الحادث من أصل المبيع للمشتري، ولم يكن النماء الحادث من أصل المرهون مرهوناً.

والثالث ـ ويحكى عن ابن سريج ـ: القطع بعدم الدخول في البيع والرهن جميعاً. ونصه هاهنا محمول على ما إذا قال: «بحقوقها»، وكذا الحكم في الرهن لو قال: «بحقوقها».

وما الأظهر من هذا الخلاف؟ ذكر صاحب الكتاب: أن الأصح: أنها لا تدخل؛ اقتداءً بإمام الحرمين، ولا شك أنه أوضحُ في المعنى، لكن عامة الأصحاب رحمهم الله على أن ظاهر المذهب: دخولها، ورأوا أصح الطرق تقرير النصين. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٥).

قال:

(وأصولُ البُقول، كالأشجارِ (و) والزُّروعِ، لا تندرج قطعاً، ولا البذرُ وإن كانَ كامناً، والأصحّ: أنها لا تمنعُ صحّةَ بيعِ الأرض، كما لو بَاعَ داراً مشحونةً بأمتعةٍ. نَعَمْ، إن جَهِلَ المشتري؛ فله الخيار؛ لتضرُّرِه بتعطيلِ المنفعة، والأصحّ: أنه يَدخلُ في ضمانِ المشتري (ح) ويدِه بالتَّسليم إليه، وإن تَعذَّرَ انتفاعُه بسببِ الزَّرع).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: الزرع ضربان:

الأول: ما لا تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى، وإنما يؤخذ دفعة واحدة، كالحنطة والشعير، فلا يدخل في مطلق بيع الأرض؛ لأنه ليس للثبات والدوام، وكان كمنقولات الدار. ويصح بيع الأرض وإن كانت مزروعةً على أصح الطريقين، كما لو باع داراً مشحونةً بأمتعة له. ولا يخرَّج على الخلاف في بيع الدار المستأجرة؛ لأن يد المستأجر حائلة ثَمَّ. ومنهم من خرّجه على القولين. قال الجمهور: ولو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد؛ لأن مدة بقاء الزرع مجهولة.

وإذا قلنا بالصحيح؛ فللمشتري الخيار إن كان جاهلاً بالحال، بأن كانت رؤية الأرض سابقة على البيع. وإن كان عالماً؛ فلا خيار له. وهل نحكم بصيرورة الأرض في يد المشتري ودخولها في ضمانه إذا خلى البائع بينه وبينها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها مشغولة بملك البائع، كما ذكرنا فيما إذا كانت الدار المبيعة مشحونة بأمتعة البائع فيما قبل.

وأظهرهما: نعم؛ لحصول التسليم في الرقبة وهي المبيعة. ويخالف صورة الاستشهاد؛ لأن التفريع ثَمَّ متأتٍّ[١] في الحال، على أن الإمام أورد في تلك الصور وجهاً أيضاً، وادعى أنه ظاهر المذهب[٢].

وإذا كان في الأرض جزر أو فجل أو سلق أو ثوم؛ لم تدخل في بيع الأرض، كالحنطة والشعير. وكل زرع لا يدخل في البيع[٣] لا يدخل وإن قال: «بعت الأرض بحقوقها». يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد[٤]، ورأيته لمنصور التميمي[٥] في «المستعمل» أيضاً.

ولا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي يبقى له في الحال، بل له إبقاؤه إلى أوان الحصاد، خلافاً لأبي حنيفة[٦]. وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ. وعليه تسوية الأرض وقلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض، كعروق الذرة، تشبيهاً بما إذا كان في الدار أمتعة لا يتسع لها باب الدار ينقض وعلى البائع ضمانه.

الضرب الثاني: ما تؤخذ ثمرته وفائدتُه مرةً بعد أُخْرَى في سنتين أو أكثر،

---

(١) أي: ممكن.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٠).

(٣) أي: عند الإطلاق.

(٤) «الوسيط» للغزالي (٦/ ٢٨٢).

(٥) هو أبو الحسن منصور بن إسماعيل التميمي المصري الضرير الشافعي المتوفى سنة (٣٠٦هـ)، قرأ على أصحاب الشافعي وأصحاب أصحابه، وله كتاب «المستعمل» و«السافر» و«الهداية»، وكان شاعراً خبيث اللسان في الهجو، قاله ابن خلكان. انظر: «طبقات الشافعية» للإسنوي برقم (٢٧٤)، و«تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ١١٥) برقم (١٦٨).

(٦) لا يدخل الزرع في بيع الأرض والثمرة في بيع الشجرة إلا باشتراطه، ويقال للبائع: «اقلع الزرع واقتلع الثمر وسلم المبيع»، فإن التسليم لازم عليه، وذلك لا يكون إلا بالتخلية عند الحنفية. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/١٦).

كالكرسف[١] الحجازي والنرجس والبنفسج؛ فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع، وفي دخول الأصولِ الخلافُ الذي سبق في الأشجار، وفي النرجس والبنفسج وجهٌ: أنهما من الضرب الأول.

وما يجز مراراً، كالقَتِّ[٢] والقصب والهِنْدَبَا[٣] والنعناع والكَرَفْس[٤] والطُّرخون[٥]؛ تبقى جَزَّتُهَا الظاهرة عند المبيع للبائع، وفي دخول الأصول الخلاف. وعن الشيخ أبي محمد القطع بأنها تدخل في بيع الأرض؛ لأنها كامنة فيها نازلة منزلة أجزائها، بخلاف الأشجار، فيجوز أن نعلم لذلك قوله في الكتاب: (وأصول البقول كالأشجار)، بالواو.

وإذا قلنا بدخولها فليشترط على البائع قطع الجزة الظاهرة؛ لأنها تزيد ويشتبه المبيع بغيره. ولا فرق بين أن يكون ما ظهر بالغاً أوان الجزّ أو لا يكون. قال في «التتمة»: إلا القصب فإنه لا يكلف بقطعه، إلا أن يكون ما ظهر قدراً ينتفع به، ولو كان في الأرض أشجار خلاف ما يقطع من وجه الأرض؛ فهي كالقصب.

المسألة الثانية: لو كانت الأرض المبيعة مبذورة؛ ففي البذر الكامِن[٦] مثل التفصيل المذكور في الزروع، فالبذر الذي لا ثبات لنباته ويُؤْخذ دفعة واحدة؛ لا يدخل

---

(١) الكرسف: القطن. «المصباح المنير»، مادة: كرس.

(٢) القتُّ: الفِصْفِصَةُ إذا يبست، والفصفصة ـ بكسر الفاءين ـ: الرُّطَبَة قبل أن تجف. «المصباح المنير»، مادة: قتت، وفصص.

(٣) الهِنْدَبُ والهِنْدَبا والهندِباء والهِنْدَباء: كل ذلك بقلة من أحرار البقول، يمُدُّ ويُقْصَر. «لسان العرب»، مادة: هند.

(٤) الكَرَفْسُ: بقلة من أحرار البقول معروف. «لسان العرب»، مادة: كرف.

(٥) هو بقلة معروفة، وهو معرب. «لسان العرب»، مادة: طرخ.

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (الكامل).

في بيع الأرض ويبقى إلى أوان الحصاد، وللمشتري الخيار إن كان جاهلاً به، فإن تركه البائع له؛ سقط حق خياره وعليه القبول. ولو قال: «آخذه وأفرغ الأرض»؛ سقط خياره أيضاً إن أمكن ذلك في زمان يسير. والبذر الذي يدوم نباته، كنوى النخلِ والجوزِ واللوز وبذر الكراث ونحوه من البقول؛ حكمُه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار.

وجميع ما ذكرنا في المسألتين مفروض فيما إذا أطلق بيع الأرض، فأما إذا باعها مع الزرع أو البذر؛ فإنا نورده في خلال اللفظ السادس، إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال:

(والحجارةُ إن كانت مخلوقةً في الأرض؛ اندرجَت، وإن كانت مدفونةً فلا؛ وعلى البائعِ النَّقلُ والتَّفريغُ وتَسويةُ الحفر، فإن كانت تتعيَّبُ به الأرضُ أو تَتعطَّلُ به منفعةٌ في مدّةِ النَّقل؛ فله الخيارُ عندَ الجهل، فإن أجاز؛ فالأظهَر: أن له طلبَ أجرةِ المنفعةِ في هذه المدّة، وفي مدّةِ بقاءِ الزَّرع، وكذلك له طلبُ أرشِ التَّعيُّب، فإن تركَ البائعُ الحجارة: بطلَ خيارُ المشتري؛ لأنه غيرُ متضرِّرٍ بالبقاء، ثم لا يملكُه بمجرَّدِ الإعراضِ (و) إلا إذا جَرى لفظُ الهبةِ وشرطُها (و).)

الحجارة إن كانت مخلوقة في الأرض أو مثبتةً[1]؛ دخلت في بيع الأرض، وإن كانت تضر بالزرع والغرس؛ فقد ذكرنا في عداد العيوب أنه عيب إذا كانت الأرض مما تقصد لذلك، وفيه وجه: أنه ليس بعيب، وإنما هو فوات فضيلة.

وإن كانت مدفونة فيها: لم تدخل في البيع، كالكُنُوز والأقمشة في الدار. ثم لا يخلو؛ إما أن يكون المشتري عالماً بالحال أو جاهلاً:

---

(١) في (ظ): (مبنية).

فإن كان عالماً؛ فلا خيار له في فسخ العقد، وإن تضرر؛ يَقلعُ البائعُ، وله إجبار البائع على القلع والنقل تفريغاً لملكه، بخلاف الزرع؛ فإن له أمداً ينتظر، ولا أجرة للمشتري في مدة القلع[1] والنقل وإن طالت، كما لو اشترى داراً فيها أقمشة وهو عالمٌ بها؛ لا أجرة له في مدة النقلِ والتفريعِ، ويجب على البائع إذا نقل تسوية الأرض.

وإن كان جاهلاً؛ فللحجارة مع الأرض أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن لا يكون في قلعها ولا في تركها ضرر؛ بأن لم يحوج النقل وتسوية الأرض إلى مدة لمثلها أجرة، ولم تنقص الأرض بها؛ فللبائع النقل وعليه تسوية الأرض، ولا خيار للمشتري وله إجبار البائع على النقل، وحكى الإمام وجهاً: أنه لا يجبر والخِيَـرَةُ للبائع[2]. والمذهب الأول.

الحالة الثانية: أن لا يكون في قلعها ضرر، ويكون في تركها ضرر؛ فيؤمر البائع بالنقل ولا خيار للمشتري، كما لو اشترى داراً فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال، أو كانت منسدة البالوعة، فقال البائع: «أنا أصلحه وأنقيها[3]»؛ فلا خيار للمشتري.

المسألة الثالثة: أن يكون القلع والترك جميعاً مضرَّيْن؛ فللمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرّاً، ولا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار؛ لما في نقلها من الضرر. وهل يسقط بأن يقول للمشتري: «لا تفسخ لأغرم لك أجرة المثل لمدة النقل»؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب»، أصحهما: لا، كما لو قال البائع: «لا تفسخ البيع بالعيب لأغرم لك الأرش».

---

(١) في (ظ): (القطع).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٣٣-١٣٤).

(٣) في الأصل: (وأتقنها).

ثم إن أجاز[١] المشتري البيع؛ فعلى البائع النقل وتسوية الأرض سواء كان النقل قبل القبض أو بعده، وهل تجب أجرة المثل لمدة النقل؟

إن كان النقل قبل القبض؛ فيبنى على أن جناية البائع قبل القبض كآفةٍ سماوية أو كجناية الأجنبي؟ إن قلنا بالأول؛ لم تجب، وإن قلنا بالثاني؛ فهو كما لو نقل بعد القبض.

وإن كان النقل بعد القبض؛ فوجهان:

أصحهما ـ عند الشيخ أبي حامد ـ: أنها لا تجب؛ لأن إجازته رضاً بتلف المنفعة في مدة النقل[٢].

وأصحهما ـ على ما يقتضيه كلامُ الأكثرين، وبه قال أبو إسحاق ـ: أنها تجب، كما لو جنى على المبيع بعد القبض عليه ضمانه[٣].

وقد يختصر فيقال: في وجوب الأجرة ثلاثة أوجه، ثالثها أظهرها، وهو[٤]: الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض؛ فلا تجب، أو بعده؛ فتجب. ويجري مثل هذا الخلاف في وجوب الأرش لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصانٌ وعيب. وفي مأخذ الخلاف في الأرش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب.

[المسألة] الرابعة: أن يكون في قلعها ضرر، ولا يكون في تركها ضرر؛ فللمشتري الخيار، فإن أجاز؛ ففي الأجرة والأرش ما مرَّ. ولا يسقط خياره بأن يقول للبائع: «اقلع واغرم الأجرة، أو أرش النقص»، قاله في «التهذيب»[٥]. ويجيء فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة. ولو رضي بترك الأحجار في الأرض؛ سقط خيار المشتري إبقاء

---

(١) في (ظ): (اختار).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٧١-١٧٣).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٥٠).

(٤) في الأصل: (أوجه، ثالثها وهو الأظهر).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٧٨-٣٨٨).

للعقد، ثم يُنظر: إن اقتصر على قوله: «تركتها إلى المشتري»؛ فهو تمليك أو مجرد إعراض لقطع الخصومة؟ فيه وجهان كالوجهين في ترك النقل[1] على الدابة المردودة بالعيب:

أحدهما: أنه تمليك، ليكون سقوط الخيار في مقابلة ملك حاصل.

وأظهرهما ـ وهو الذي ذكره في الكتاب ـ: أنه قطع للخصومة لا غير. فإن قلنا بالأول، فلو قلعها المشتري يوماً؛ فهي له، ولو بدأ البائع في تركها؛ لم يمكن الرجوع. وإن قلنا[2] بالثاني، فهي للبائع. ولو أراد الرجوع؛ قال الأكثرون: له ذلك، ويعود خيار المشتري، وهو القياس[3]. وقال الإمام: لا رجوع، ويلزمه الوفاء بالترك[4]. وإن قال: «وهبتها منك»؛ فإن رآها من قبل واجتمعت شرائط الهبة: حصل الملك. ومنهم من طرد الخلاف؛ لأنه لا يَبْغِي حقيقة الهبة، وإنما يقصد دفع الفسخ. وإن لم تجتمع شرائط الهبة؛ ففي صحتها للضرورة وجهان، إن صححناها؛ ففي إفادة الملك ما ذكرنا في لفظ الترك.

واعلم أن جميع ما ذكرنا فيما إذا كانت الأرض بيضاء، أما إذا كان فيها غراس؛ فينظر: إن كانت حاصلةً يوم البيع واشتراها مع الأرض فنقصان الأشجار وتعيبها بالأحجار كتعيّب الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام. وإن أحدثها المشتري بعد الشراء؛ فيُنظر: إن أحدثها عالماً بالأحجار؛ فللبائع قلعها، وليس عليه نقصان ضمان الغراس. وإن أحدثها جاهلاً؛ ففي ثبوت الخيار وجهان:

وجه الثبوت: أن الضرر ناشئ من إيداعه الأحجار في الأرض.

والأصح: أنه لا يثبت؛ لرجوع الضرر إلى غير المبيع.

---

(١) في (ظ): (النعل).

(٢) في «الروضة» (٣/ ٥٤٣): (فهي له ولو أراد البائع الرجوع فيها لم يكن له وإن قلنا).

(٣) قوله: (وهو القياسي) سقط من (ط الفكر).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٢/ ٥٠).

فإن كانت الأرض تنقص بالأحجار أيضاً؛ نُظِرَ: إن لم يورِثِ الغَرْسُ وقلع المغروس نقصاناً في الأرض؛ فله القلع والفسخ. وإن أورث الغِرَاسُ أو القلع نقصاناً، فلا خيار في الفسخ؛ إذ لا يجوز له رد المبيع ناقصاً، ولكن يأخذ الأرش[1]. وإذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغراس؛ فعليه أرش النقص بلا خلاف. ولو كان فوق الأحجار زرعٌ إما للبائع أو للمشتري؛ ففي «التهذيب»[2]: أنه يترك إلى أوان الحصاد؛ لأن له غاية منتظرة بخلاف الغراس، ومنهم من سوّى بينه وبين الغراس[3].

إذا تقرر فقه الفصل، فالحاجة بعده إلى معرفة ما ذكر في الكتاب وإحلال كل شيء محله؛ أما قوله: (وعلى البائع النقل والتفريغ وتسوية الحفر)، فاعلم أن الجمع بين النقل والتفريغ ضربُ إيضاح وإلا فنقل الحجارة عن الموضع دون التفريغ محال، ثم الكلام مجرًى على إطلاقه في صورة العلم باشتمال الأرض على الأحجار المدفونة. وكذا في صورة الجهل حيث لا يثبت الخيار، وحيث ثبت؛ فكذلك إن أجاز المشتري. وأما إذا فسخ فلا يخفى أنه لا يكلف بالنقل وتسوية الحفر.

ثم تكلم الإمام في أنهم لِمَ أوجبوا تسوية الحفر على البائع وعلى الغاصب إذا حفر في الأرض المغصوبة، ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده وإنما أوجبُوا الأرش؟ وأجاب عنه بأن طمَّ[4] الحفرِ لا يكاد يتفاوت وهيئات الأبنية تختلف وتتفاوت، فشبه ذلك[5] بذوات الأمثال، وهذا[6] بذوات القيم، حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (الأرض).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٧٨- ٣٧٩).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٤): «قلت: الأصح قول صاحب «التهذيب»، وقد وافقه جماعة. قال صاحب «الإبانة»: إذا قلع البائع الأحجار بعد الحصاد، فعليه تسوية الأرض. والله أعلم».

(٤) طَمَّ البِئْر بالتراب طَمّاً، أي: ملأها. «المصباح المنير»، مادة: طمم.

(٥) أي: الطَمّ.

(٦) أي: الجدار.

الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف[1] في الهيئة؛ كان ذلك كطم الحفيرة[2]. فهذا ما ذكره. وفي وجوب الإعادة على هادم الجدار خلاف يُذكَر في كتاب الصلح، إن شاء الله تعالى.

وقوله: (فله الخيار عند الجهل)، محمول على الحالة الثالثة والرابعة، فأما في الأولى والثانية؛ فقد عرفت أنه لا خيار.

وقوله: (فالأظهر أن له طلب أجرة المنفعة في هذه المدة وفي مدة بقاء الزرع)، أما أجرة مدة النقل؛ فقد تكلمنا فيها وبينّا أن الأظهر الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض أو بعده.

وأما في مدة بقاءِ الزرع؛ فوجهان عن رواية صاحب «التقريب»:

الذي أورده المعظم: أنه لا تجب الأجرة، وتقع تلك المدة مستثناة، كما لو باع داراً مشحونة بأقمشة لا يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريع.

والثاني ـ وهو الأظهر عند صاحب الكتاب ـ: أنها تجب.

ولفظ المنفعة في قوله: (أجرة المنفعة)، حشو لا يضر إسقاطه؛ إذ ليست الأجرة إلا عوض المنفعة.

وقوله: (وإن ترك البائع الحجارة؛ بطل خيار المشتري)، مصور في الحالة الرابعة لا غير؛ لأنه لا خيار للمشتري في الأولى والثانية حتى يفرض سقوطه. وأما في الثالثة؛ فقد ذكرنا أن ترك الحجارة لا يسقط الخيار.

وقوله: (لأنه غير متضرر بالبقاء)، فيه إشارة إلى التصوير في الحالة المذكورة.

وقوله: (ثم لا يملكه بمجرد الإعراض)، معلم بالواو.

---

(١) أي: خلل.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٢/ ٢٠٣-٢٠٤).

وقوله: (إلا إذا جرى لفظ الهبة)، استثناء منقطع. ويجوز أن يعلم قوله: (وشرطها)، بالواو؛ للوجه الذي ذكرناه في أنه لا تعتبر اجتماع الشروط. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(اللفظُ الثاني: البَاغُ، وفي معناه البُستان، وهو مستتبعٌ للأشجار، ولا يتناولُ البناء؛ على الأظهَر، وأما اسمُ القَريةِ والدَّسكرة[١]؛ فيتناولُ البناءَ والشَّجَر).

إذا قال: «بعتك هذا الباغ والبستان»؛ دخل في البيع الأرض والأشجار والحائط. وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض، وفي العريش الذي توضع عليه القضبان تردد للشيخ أبي محمد. والظاهر عند الإمام دخوله[٢]. وذكروا أن لفظ الكَرْم[٣] كلفظ البستان[٤]، ولكن العادة في نواحينا إخراج الحائط[٥] عن مسمى الكرم وإدخاله في مسمى البستان، ولا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به، ولو قال: «هذه الدار بستان»؛ دخلت الأبنية والأشجار جميعاً. ولو قال: «هذا الحائط بستان» أو: «هذه المحوطة»؛ دخل الحائط المحوط[٦] وما فيه من الأشجار. وفي البناء الخلاف السابق، هكذا ذكره في «التهذيب»[٧]. ولا يتضح في لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار؛ فليدخلا أو ليكونا على الخلاف.

---

(١) الدَّسْكَرة: بناءٌ شبه القصر حوله بيوت ويكون للملوك. «المصباح المنير»، مادة: دسك.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٨) (٦/ ٢٧٤-٢٧٥).

(٣) الكَرْم وزان فَلْسٍ: العنب، والباغ: الكَرْم، لفظة أعجمية. «المصباح المنير»، مادة: كرم، وبوغ.

(٤) البستان وزان فُعلان: هو الجنة. «المصباح المنير»، مادة: بست.

(٥) الحائط: البستان. «المصباح المنير»، مادة: حوط.

(٦) في الأصل: (المحيط).

(٧) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٧٦).

ولو قال: «بعتك هذه القرية»؛ دخل في البيع الأبنية والساحات التي تحيط بها الصور، وفي الأشجار وسطها الخلاف. اختيار الإمام[1] وصاحب الكتاب: دخولها، بخلاف اختيارهما في لفظ الأرض. وأما المزارع فلا تدخل في البيع. ألا ترى أنه لو حلف أنه لا يدخل القرية لم يحنث بدخوله المزارع؟ ولو قال: «بعتكها بعيوبها»؛ لم تدخل أيضاً، بل لا بد من نص على المزارع. وفي «النهاية»: أنها تدخل[2]. وذكر القاضي ابن كج: أنها تدخل إذا قال: «بحقوقها». وهما غريبان. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(اللفـظُ الثالث: الدّار، ولا يندرجُ تحتَه المنقولاتُ إلا مفتاحَ الباب، اسـتثناه صاحـبُ «التَّلخيـص»، وينـدرجُ تحتَـه الثَّوابت، ومـا أثبتَ من مرافـقِ الدّارِ للبقـاء، كالأبوابِ والمغاليـق، تندرج، وفي الأشـجارِ وحجَرِ الـرّحى والإجاناتِ المثبتةِ خلاف، وفي معناها الرُّفوفُ والسَّـلاليمُ المثبتةُ بالمسامير).

إذا قال: «بعتك هذه الدار»؛ دخل في البَيْعِ[3] الأرض والأبنية على تنوعها حتى يدخل الحمام المعدود من مرافقها، وحكي عن «نصه»[4]: أن الحمام لا يدخل، وحملوه على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل. ولو كان في وسطها أشجار؛ ففي دخولها ما سبق في دخولها تحت بيع الأرض. ونقل الإمام في دخولها ثلاثة أوجه، ثالثها:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٨).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٨).

(٣) في (ط الفكر): (المبيع).

(٤) «الأمر» للشافعي (٤/ ٥٧).

الفرق بين أن يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستاناً؛ فلا يدخل في لفظ الدار، وبين أن لا تكون كذلك؛ فتدخل[١].

وأما الآلات في الدار فهي على ثلاثة أنواع:

أحدها: المنقولات، كالدلو والبكرة والرِّشاء[٢] والمجارف[٣] والسرر والرفوف الموضوعة على الأوتاد والسلاليم التي لم تُسَمَّرْ ولم تطيّن والأقفال والكنوز والدفائن؛ فلا يدخل شيء منها في البيع. نعم في مفتاح المغلاق المثبَّت وجهان:

أحدهما: أنه كسائر المنقولات.

وأصحهما ـ ويحكى عن صاحب «التلخيص» ـ: أنه يدخل؛ لأنه من توابع المغلاق المثبت. وفي ألواح الدكاكين مثل هذين الوجهين؛ لأنها أبواب لها وإن كانت تنقل، وترددٌ في الفوقاني من حجرَيِ[٤] الرحى مثل هذين الوجهين إن أدخلنا التحتاني، والأصح الدخول.

والثاني: ما أثبت تتمةً للدار ليدوم فيها ويبقى، كالسقوف والأبواب المنصوبة وما عليها من المغاليق والحلق والسلاسل والضبّات[٥]؛ تدخل في البيع، فإنها معدودة من أجزاء الدار.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٨).

(٢) الرِّشَاءُ: الحبل. «المصباح المنير»، مادة: رشى.

(٣) الجُرَافُ: مكيال ضخم. «لسان العرب» مادة: جرف.

(٤) في (ز): (حجر).

(٥) الضَّبَّة من حديد أو صفر أو نحوه يُشعَبُ بها الإناء، وجمعها ضَبَّاتٌ، مثل جنة وجنات. «المصباح المنير»، مادة: ضبب.

الثالث: ما أثبت على غير هذا الوجه، كالرفوف والدِّنان(١) والإجَّانات(٢) المثبتة والسلاليم المسمرة والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران والتحتاني من حجرَيِ الرحى وخشب القصار ومعجن الخباز؛ ففي جميع ذلك وجهان:

أصحهما: أنها تدخل؛ لثباتها واتصالها.

والثاني: لا تدخل؛ لأنها إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها؛ كي لا تتزعزع وتتحرك عند الاستعمال.

وأشار الإمام إلى القطع بدخول الحجرين في بيع الطاحونة، وبدخول الإجانات(٣) المثبتة إذا باع باسم المدبغة والمصبغة، وأن الخلاف في دخولها تحت بيع الدار(٤).

وفي «التتمة»: أن أصل الخلاف في هذه المسائل الخلاف في تجويز الصلاة إلى العصا المغروزة في سطح الكعبة؛ إن جوزنا؛ فقد عددناها من البناء؛ فتدخل، وإلا؛ فلا. وهذا يقتضي التسوية بين اسم الدار والمدبغة(٥).

وقوله في الكتاب: (وتندرج تحته الثوابت وما أثبت من مرافق الدار)، كأنه يعني بالثوابت ما هو ثابت في نفسه من غير إثبات، أو ما هو من ضرورات الدار وما أثبت من المرافق ما سواها.

---

(١) الدَّنُّ: كهيئة الْحُبِّ ـ أي الجَرَّةِ ـ إلا انه أطول منه وأوسع رأساً. والجمع: دِنَانٌ. مثل سَهْم وسِهام. «المصباح المنير»، مادة: دنن.

(٢) الإجَّانةُ، بالتشديد: إناءٌ يغسل فيه الثياب، والجمعُ: أَجَاجِين. «المصباح المنير»، مادة: أجن، و«مغني المحتاج» (٢/ ٨٤).

(٣) في (ظ): (الأدنان).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ٣٨٠).

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٦): «قلت: يجري الوجهان في قدر الحمَّام. قاله في «التتمة». والله أعلم».

فروع:

أحدها: لا يدخل مسيل الماء في بيع الأرض، وكذا لا يدخل فيه شربها[١] من القناة أو النهر المملوكين إلا أن يشرط أو يقول: «بحقوقها».

وحكى أبو عاصم العبادي وجهاً: أنه لا يكفي ذكر الحقوق.

وإذا كان في الدار المبيعة بئرُ ماءٍ؛ دخلت في المبيع[٢]، والماء الحاصل في البئر لا يدخل. أما إذا لم نجعله مملوكاً؛ فظاهر، وأما إذا جعلناه مملوكاً؛ فلأنه نماء ظاهر؛ فأشبه الثمار المؤبرة. وفي «النهاية» حكاية وجه: أنه يدخل إذا جعلناه مملوكاً، وينزل منزلة الثمار التي لم تؤبر، لأنه العرف فيه[٣]. وإن شرط دخوله في البيع؛ صح على قولنا: إن الماء مملوك، بل لا يصح البيعُ دون هذا الشرط، وإلا اختلط ماء المشتري بماء البائع وانفسخ البيع[٤]. وَذِكْرُ الخلاف في الماء وتفاريعُه مؤخرٌ إلى إحياء الموات.

الثاني: لو كان في الأرض أو الدار معدن ظاهر، كالنفط والملح والغاز والكبريت؛ فهو كالماء، وإن كان باطناً، كالذهب والفضة؛ دخل في البيع، إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن الذهب والفضة من جهة الربا، وفي بيعه بالفضة قولان للجمع في الصفقة الواحدة بين البيع والصرف.

الثالث: باع داراً في طريق غير نافذ؛ دخل حريمها في المبيع. وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق. وإن كان في طريق نافذ؛ لم يدخل الحريم ولا الأشجار في البيع. بل

---

(١) في (ظ): (سرابها).

(٢) في (ظ): (البيع).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٢٩).

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٧): «قلت: هذا الشرط على قولنا: الماء مملوك. فإن قلنا: لا يملك، صح البيع مطلقاً. بل لا يجوز شرطه، لأنه لا يملكه. ويكون المشتري أحق به، لأنه في يده، كما لو توحَّل صيدٌ في أرضه. والله أعلم».

لا حريم لمثل هذه الدار، على ما سنذكر في إحياء الموات، إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(اللفظُ الرابـع: العبد، ولا يتناولُ مالَ العبد، وإنْ قلنا: إنه يمِلكُ بالتمليك، وفي ثيابِه التي عليه ثلاثةُ أوجه، وفي الثالث: يندرجُ ساترُ العورة دون غيره، والوجهُ الصحيح: تحكيمُ العُرْف).

العبد إذا ملّكه سيده مالاً هل يملكه؟ فيه قولان[1] مذكوران بتوجيههما في باب معاملات العبيد. إذا عرف ذلك؛ فلو ملّكه سيده مالاً ثم باعه وشرط المال لنفسه؛ فلا كلام.

وإن أطلق بيعه؛ لم يتبعه المال أيضاً، أما إذا قلنا: إنه لا يملك، فظاهر، وأما إذا قلنا: إنه يملك؛ فلأن اللفظ لا يتناول المال، وهو بسبيل من الرجوع فيه، وكان ترك التعرض للمال رجوعاً وإن باعه مع المال؛ فإن قلنا: إنه لا يملك ما ملكه؛ اعتبر فيه شرائط المبيع، حتى لو كان مجهولاً أو غائباً؛ لم يصح البيع. وكذا لو كان ديناً والثمن دين، وكذا لو كان ذهباً والثمن ذهب، و[2] لو كان ذهباً والثمن فضة أو بالعكس؛ فهو على قول الجمع بين البيع والصرف، وإن قلنا: إنه يملك؛ فقد نص أن المال ينتقل إلى المشتري مع العبد وأنه لا بأس بكونه مجهولاً أو غائباً، ولم يحتمل ذلك.

عن أبي سعيد الإصطخري: أن المال تابع، وقد يحتمل في التابع ما لا يحتمل في الأصل، ألا ترى أن الجهل في الحمل واللبن التابعين محتمل، وكذا الجهل بحقوق الدار؟

وعن ابن سريج وأبي إسحاق: أن المال ليس بمبيع لا أصلاً ولا تبعاً، ولكن شرطه

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٨): «لم يملكه على الأظهر».

(٢) من قوله: (لو كانَ ديناً) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).

للمبتاع، يبقيه له على العبد كما كان، فللمشتري انتزاعه منه، كما كان للبائع الانتزاع.

فعلى هذا لو كان المال ربويّاً والثمن من جنسه؛ فلا بأس.

وعلى الأول: لا يجوز ذلك، ولا يحتمل الربا في التابع[١] كما في الأصل.

وأصح المعنيين عند الأصحاب: الثاني.

هذه إحدى مسألتي الفصل، والثانية: الثياب التي على العبد هل تدخل في بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تدخل؛ اقتصاراً على اللفظ، كما أن السرج لا يدخل في بيع الدابة.

والثاني: تدخل. وعلى هذا؛ فوجهان:

أحدهما: أن ما عليه من الثياب تدخل اعتباراً بالعرف. وبه قال أبو حنيفة[٢].

والثاني: يدخل ساتر العورة دون غيره.

وقوله في الكتاب: (والوجه الصحيح: تحكيم العرف)، ربما أشعر بوجه رابع، لكن المنقول ليس إلا الوجوه الثلاثة، فهو إذَنْ ترجيح لوجه دخول ما عليه من الثياب، لكن صاحب «التهذيب»[٣] وغيره رجحوا الوجه الصائر إلى أن شيئاً منها لا يدخل في البيع. وكذا قالوا في عذار الدابة[٤]، وأما نعلها فيدخل، وكذا بُـرَةُ[٥] الناقة، إلا أن يكون من ذهب أو فضة. والله أعلم.

---

(١) في الأصل: (البائع).

(٢) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ١٥) نقلًا عن «التبيين»: «وثياب الغلام والجارية يدخل في البيع إلا أن يكون ثياباً مترفة، إذ العرف فيهما جار على ثياب البذلة، ثم البائع بالخيار: إن شاء أعطى الذي عليه، وإن شاء أعطى غيره».

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٧٥) (٣/ ٤٦٨).

(٤) كسرجه، مثلًا.

(٥) البُـرَةُ: هي حلقة تجعل في أنف البعير تكون من صُفر ونحوه. «المصباح المنير»، مادة: برى.

قال رحمه الله:

(اللفظُ الخامس: الشَّجر، ويندرجُ تحتَه الأغصانُ والأوراق، حتى ورقُ الفرصاد؛ على الأصحّ، وكذا العُروق، ويَستحقُّ الإبقاءَ مغروساً، ولا يَستحـقُّ المغرَس، عـلى الأصحِّ من القولَين[١]، ولكن يستحقُّ منفعتَها للإبقاء).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: أغصان الشجرة تدخل في مطلق بيعها؛ لأنها معدودة من أجزاء الشجرة. نعم، لا يدخل الغصن اليابس في بيع الشجرة الرطبة؛ لأن العادة فيه القطع كما في الثمار. قال في «التهذيب»[٢]: ويحتمل أن يدخل، كالصوف على ظهر الغنم. وتدخل العروق أيضاً في مطلق بيع الشجرة. وكذلك الأوراق، إلا أن شجرة الفرصاد[٣] إذا بيعت في الربيع وقد خرجت أوراقها؛ ففي دخولها تحت البيع وجهان: أصحهما: أنها تدخل، كما في غير وقت الربيع وكما في سائر الأشجار. وقال أبو إسحاق: لا تدخل؛ لأنها كثمار سائر الأشجار[٤]. وفي أوراق شجر النبق ذكر طريقين في «التتمة»:

أظهرهما: أنها كأوراق غيرها من الأشجار.

والثاني: أنها كأوراق[٥] الفرصاد؛ لأنها تلتقط ليغسل بها الرأس.

---

(١) قوله: (من القولين) سقط من (ز).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٧٤-٣٧٥).

(٣) وهو شجر التوت. «المصباح المنير»، مادة: فرص.

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٩٦).

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٩): «قلت: وتدخل الكمام تحت اسم الشجرة، لأنها تبقى ببقاء الأغصان. قاله في «الوسيط» للغزالي (٣/ ٥٣). والله أعلم».

[المسألة] الثانية: لو باع شجرة يابسة؛ فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة. قال في «التتمة»: فلو شرط إبقاءها فسد البيع. كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير وشرط عدم القطع عند الجذاذ. ولو باعها بشرط القلع أو القطع: جاز. وتدخل العروق في البيع عند شرط القلع، ولا تدخل عند شرط القطع، بل تقطع عن وجه الأرض.

وإن كانت الشجرة رطبةً فباعها بشرط الإبقاء أو شرط القلع؛ اتبع الشرط. ولو أطلق: جاز الإبقاء أيضاً للعادة، كما لو اشترى بناء يستحق إبقاءه. وهل يدخل المغرس في البيع؟ وجهان، قال الإمام[1] وصاحب الكتاب رحمهما الله: قولان:

أحدهما ـ ويحكى عن أبي حنيفة[2] ـ: نعم؛ لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية، وذلك لا يكون إلا على سبيل الملك، ولا وجه لتملكه إلا دخوله في البيع.

وأصحهما: لا؛ لأن اسم الشجرة لا يتناوله. وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية، كما لو أعار جداره ليضع غيره الجذع عليه.

فعلى الوجه الأول: لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك؛ كان له أن يغرس بدلها وله أن يبيع المغرس. وعلى الثاني؛ ليس له ذلك.

ويجري الخلاف فيما لو اشترى أرضاً وشرط البائع لنفسه شجرة منها: أن المغرس يبقى له أم لا؟[3].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٤٧).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٥).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٤٩-٥٥٠): «قلت: وإذا لم يدخل المغرس في الصورة الأولى، فليس للبائع قلع الشجرة مجاناً. وهل يجب عليه إبقاؤها ما أراد المشتري، أم له قلعها بغير رضاه ويغرم ما نقص بالقلع كالعارية؟ وجهان محكيان في «النهاية» و«البسيط» في كتاب الرهن. أصحهما: الأول. والله أعلم».

قال:

(وإن كانَ عليها ثمرةٌ مؤبَّرة؛ لم تَندرج تحتَه، وغيرُ المؤبَّرةِ تندرجُ (ح)، وفي معنى المؤبَّرةِ كلُّ ثَمرةٍ بارزةٍ ظهَرت للنّاظِرين، وإذا تأبّر بعضُ الثمار؛ حُكِمَ بانقطاعِ التَّبعيّةِ في الكلّ؛ نظراً إلى وقتِ التّأبير؛ لعُسرِ تتبُّعِ العناقيد، هذا إذا اتَّحدَ النَّوعُ وشَملتِ الصَّفقة، فإن اختلفا أو أحدُهما؛ ففيه خلافُ المقصود).

بيان أن الثمرة متى تندرج في بيع الشجرة، ومتى لا تندرج؟

والأصل في الباب: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلة بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1]، وروي: أن رجلًا ابتاع نخلاً من آخر واختلفا، فقال المبتاع: «أنا أبّرته بعدما ابتعت». وقال البائع: «أنا أبرته من قبل البيع»، فتحاكما إلى النبي ﷺ، فقضى بالثمرة لمن أبّر منهما[2]. وأول ما يحتاج إلى معرفته تفسيرُ التأبير:

اعلم أن النخيل فُحُول[3] وإناث، ومعظم المقصود من طلع الفحول؛ استصلاح الإناث بها، والذي يبدو منها أوّلاً أَكُمَّة صغيرة، ثم تكبر وتطول حتى تصير كآذان الحُمُر، فإذا كبرت تشققت فتظهر العناقيد في أوساطها، فيذرّ فيها طلع الفحول؛

(١) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ٦٠)، برقم (٢٣٧٩)، في الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له مَمَرّ أو شرب في حائط أو في نخل، بلفظ: «من ابتاع نخلاً بعد أن....»، ومسلم (٣/ ١١٧٢)، برقم (١٥٤٣)، في البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر، بلفظ: «من باع نخلاً قد أبرت....».

(٢) قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٧): «رواه البيهقي في «المعرفة» من طريق الشافعي من مرسل عطاء، وعزاه ابن الطلاع في «الأحكام» إلى «الدلائل» للأصيلي مسنداً عن ابن عمر».

(٣) أي: ذكور.

ليكون الحاصلُ من رطبها أجود. فالتشقيق ودَرّ طلع الفحول فيها هو التأبير. وقد يسمى تلقيحاً أيضاً. ثم الأكثرون يسمون الكُمام الخارج كله طلعاً. والإمام خص اسم الطلع بما يظهر من النَّور[١] على العنقود من[٢] تشقق الكمام. ثم المتعهدون للنخيل لا يؤبرون جميع الأكمة، ولكن يكتفون بتأبير البعض، والباقي ينشق[٣] بنفسه، وينبث ريح الفحول إليه. وقد لا يؤبر في الحائط شيء، وتتشقق الأكمة بنفسها إذا كبرت، إلا أن رطبه لا يجيء جيداً. وكذلك الخارج من الفحول ينشق[٤] بنفسه ولا يشقق غالباً.

إذا تقرر ذلك، فإذا باع نخلة عليها ثمرة وشرطاها للبائع؛ لم تندرج في بيع النخلة. وإن شرطاها للمشتري؛ اندرجت[٥]، وإن أطلقا ـ وهي مسألة الكتاب ـ؛ نظر: إن كانت مؤبرة؛ لم تندرج في البيع[٦]، وكذا لو لم تؤبر وتشققت الأكمة بنفسها اعتباراً لظهور المقصود. وإن لم تؤبر ولا تشققت هي؛ اندرجت في البيع. وبه قال مالك[٧] وأحمد[٨].

وقال أبو حنيفة[٩]: تبقى الثمار للبائع أبرت أو لم تؤبر.

---

(١) النَّوْرُ مثل فَلْس: زَهْرُ الشجرة. «المصباح المنير»، مادة: نور.

(٢) في «الروضة»: (عند).

(٣) أي: يتشقق.

(٤) أي: يتشقق.

(٥) أي: يتبع الشرط في الحالتين.

(٦) أي: هي للبائع.

(٧) «مواهب الجليل» (٤/ ٤٩٥).

(٨) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨١).

(٩) قال أبو حنيفة رحمه الله: «لا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية، ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط، للحديث». انظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ١١).

لنا: ما سبق من الخبر، وأيضاً فإن لها حالة كمون وظهور بأصل الخلقة، فيتبع الأصل في حالة الكمون اعتباراً بحال البهيمة والجارية.

ولو باع الفحول من النخيل بعد تشقق طلعها؛ لم يندرج الطلع في البيع[١]. وإن لم يتشقق؛ فوجهان:

أظهرهما: الاندراج[٢]، كما في طلع الإناث.

والثاني: لا يندرج؛ لأن طلع الفحل يؤكل على هيئته ويطلب لتلقيح الإناث به، وليس له غاية منتظرة بعد ذلك، فكان ظهوره كظهور ثمرة لا قشر لها، بخلاف طلع الإناث فإنه يعنى بثمرته؛ فاعتبر ظهورها.

ثم الكلام في أمرين:

أحدهما: ما عدا النخيل من الأشجار أقسام:

أولها: ما يقصد منه الورق، كشجر الفرصاد، وقد ذكرنا حكمه، قال[٣] في «البيان»: وشجر الحنا ونحوه يجوز أن يلحق بشجر الفرصاد. ويجوز أن يقال: إذا ظهر ورقُه؛ فهي للبائع بلا خلاف؛ لأنه لا ثمرة لها سوى الورق، وللفرصاد ثمرة مأكولة[٤].

وثانيها: ما يقصد منه الورد، وهو على ضربين:

أحدهما: ما يخرج في كمامٍ ثم يتفتح، كالورد الأحمر، فإذا بيع أصلُه بعد خروجه وتفتحه؛ فهو للبائع، كطلع النخل المتشقق، وإن بيع بعد خروجه وقبل تفتحه؛ فهو

---

(١) أي: فالطلع للبائع.

(٢) أي: هو للمشتري.

(٣) القائل هو أبو الخير يحيى اليَمَنيُّ المتوفى سنة (٥٥٨هـ).

(٤) «البيان» للعمراني (٢/ ٤٢).

للمشتري، كالطلع قبل التشقق. وعن الشيخ أبي حامد: أنه يكون للبائع أيضاً[١].

والثاني: ما يخرج ورده ظاهراً، كالياسمين. فإن خرج ورده؛ فهو للبائع، وإلا؛ فللمشتري.

وثالثها: ما يقصد منه الثمرة، وهو على ضربين:

أحدهما: ما تخرج ثمرته بارزة بلا قشر ولا كمام، كالتين؛ فهو كالياسمين، وأُلْحِقَ العنبُ بالتين. وإن كان لكل حبة منه قشر لطيف يتشقق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن مثل ذلك موجود في ثمر النخل بعد التأبير ولا عبرة به.

والثاني: ما لا يكون كذلك، وهو على ضربين:

أحدهما: ما تـخرج ثمرته في نور ثم يتناثَرُ النَّوْرُ[٢] فتبرز الثمرة بلا حائل كالمشمش والتفاح والكمثرى وما أشبهها؛ فإن باع الأصل قبل انعقاد الثمرة؛ فإنها تنعقد على ملك المشتري، وإن كان النور قد خرج. وإن باعه قبل الانعقاد وتناثر النَّوْر؛ فهي للبائع. وإن باعه بعد الانعقادِ وقبل تناثر النور، فوجهانِ:

أحدهما: أنها للمشتري، تنزيلاً للاستتار بالنور منزلة استتار ثمر النخل بالكمام.

والثاني: أنها للبائع؛ تنزيلاً لها منزلة استتارها بعد التأبير بالقشر الأبيض. وهذا أرجح عند أبي القاسم الكرخي وصاحب «التهذيب»[٣]، لكن الأول هو المحكي عن نصه في «البويطي»[٤]، وعن أبي إسحاق[٥]، واختاره ابن الصباغ والقاضي الروياني. والله أعلم.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٧٨).

(٢) في (ز): (ما تخرج ثمرته في نوره سائر النور).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٨٦-٣٨٧).

(٤) قلت: للإمام البويطي «مختصر البويطي» اختصره من كلام الشافعي ثم قرأه عليه في مجلسه.

(٥) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٤٢-٤٣).

والثاني: ما يبقى له حائل على الثمرة المقصودة. وله ضربان:

أحدهما: ما له قشرة واحدة، كالرمان؛ فإذا بيع أصله وقد ظهر الرمان بقشره؛ فهو للبائع، ولا اعتبار بقشره؛ لأن إبقاءه من مصلحته، وإن[1] لم تظهر؛ فالذي يظهر يكون للمشتري.

والثاني: ما له قشرتان، كالجوز واللوز والفستق والرانج؛ فإن باعها قبل خروجها؛ فإنها تخرج على ملك المشتري. وإن باعها بعد الخروج؛ فتبقى على ملك البائع. ولا يعتبر في ذلك تشقق القشرة العليا على أصح الوجهين. والثاني: يعتبر، وبه قال الشيخ أبو حامد[2] وطبقته.

واعلم أن أشجار الضربين الأخيرين؛ منها ما يخرج ثمره في قشره من غير نَوْر، كالجوز والفستق، ومنها ما يخرج في نور ثم يتناثر عنه، كالرمان واللوز، وما ذكرنا من الحكم[3] فيما إذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه. فإن بيع قبله، عاد فيه الكلام السابق.

فرع: الكرسف ـ وهو القطن ـ نوعان:

أحدهما: ما له ساق تبقى سنين وتثمر كل سنة، وهو كرسف الحجاز والبصرة والشام؛ فهو كالنخل؛ إن بيع أصله قبل خروج الجَوْزق[4] أو بعده وقبل تشققه؛ فالحاصل للمشتري، وإن بيع بعد التشقق؛ فهو للبائع.

والثاني: ما لا يبقى أكثر من سنة؛ فهو كالزرع؛ فإن باعه قبل خروج الجوزق أو بعده وقبل تكامل القطن؛ فلا بد من شرط القطع. ثم إن لم يتفق القطع حتى خرج

---

(١) في (ظ): (و).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٧٨).

(٣) أي: من حكمها.

(٤) جوزق: كِمَام القطن، معرب. «المصباح المنير»، مادة: جزق.

الجوزق فهو للمشتري، لحدوثه من عين ملكه. قال في «التهذيب»[١]: وإن باعه بعد تكامل القطن، فإن تشقق الجوزق: صح البيع مطلقاً، ودخل القطن في البيع، بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة؛ لأن الشجرة مقصودةٌ لثمار سائر الأعوام، ولا مقصود هنا[٢]، سوى الثمرة الموجودة. وإن لم يتشقق لم يجز البيع في أصح الوجهين؛ لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه بخلاف الجوز واللوز في القشرة السفلى.

الأمر الثاني: لا يشترط لبقاء الثمرة على ملك البائع التأبير في كل كمام وعنقود؛ لما في بيع ذلك من العسر، بل إذا باع نخلة أُبِّـرَ بعض طلعها؛ بقي الكل للبائع، وجعل غير المؤبر تابعاً للمؤبر، وذلك أولى من أن يعكس، فيجعل المؤبر تابعاً لغير المؤبر؛ لأن المؤبر ظاهر واتباع الباطن الظاهر أولى، كما أن باطن الصبرة تبع لظاهرها في الرؤية، ولأن الباطن صائر إلى الظهور بخلاف العكس.

ولو باع نخلاتٍ، طلعُ بعضِها مؤبرٌ، وطلعُ البعض غير مؤبر؛ فلها حالتان:

إحداهما: أن يكون في بستان واحد؛ فيُنظر: إن اتحد النوع وباعها صفقة واحدة؛ فالحكم كما في النخلة الواحدة إذا أبر بعض ثمرها دون بعض[٣]. وإن أفرِد ما لم يؤبر طَلْعه؛ فوجهان:

أحدهما: أنه يبقى للبائع أيضاً؛ لدخول وقت التأبير والاكتفاء به عن نفس التأبير.

وأصحهما: أنه يكون للمشتري؛ لأنه ليس في المبيع شيء مؤبر حتى يجعل غير المؤبر تبعاً له؛ فيبقى تبعاً للأصل.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٨٧).

(٢) في (ز): (هاهنا).

(٣) أي: جميع الثمار للبائع.

وإن اختلف النوع؛ فوجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن خيران ـ: أن غير المؤبر يكون للمشتري والمؤبر للبائع؛ لأن لاختلاف النوع تأثيراً بيناً في اختلاف الأيدي وقت التأبير[1].

وأصحهما: أن الكل يبقى للبائع، كما لو اتحد النوع؛ دفعاً لضرر اختلاف الأيدي وسوء المشاركة.

الحالة الثانية: أن يكون في بستانين، فحيث قلنا في البستان الواحد: أن كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه؛ فهاهنا أولى. وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع المؤبر؛ فهاهنا وجهان، أصحهما: أن كل بستان يفرد بحكمه، والفرق: أن لاختلاف البقاع تأثيراً في وقت التأبير. وأيضاً: فإنه يلزم في البستان الواحد ضرر اختلاف الأيدي وسوء المشاركة، ولأن للخطة[2] الواحدة من التأثير في الجمع ما ليس للخطتين. ألا ترى أن خطة المسجد تجمع بين الإمام والمأموم، وإن اختلف البناء وتباعدت المسافة بينهما؟ ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين.

فروع:

أحدها: إذا باع نخلة و[3]بقيت الثمرة له ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من نخلة أخرى حيث يقتضي الحكم اشتراكهما في الحكم[4]؟ ففيه وجهان، أصحهما: أن الطلع الجديد للبائع أيضاً؛ لأنه من ثمرة العام، وقال ابن أبي هريرة: إنه للمشتري؛ لأنه حدث من ملكه بعد البيع.

---

(١) قوله: (في اختلاف الأيدي وقت التأبير) سقط من (ز).

(٢) الخِطَّـةُ: المكان المُخْتَطُّ لِعِمارةٍ، وأرضٌ يختَطُّها الرجل لم تكن لأحد قبله. «المصباح المنير»، مادة: خطط.

(٣) قوله: (باع نخلة و) سقط من (ز).

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (الحال).

الثاني: لو جمع في صفقة واحدة بين فُحُولِ النخل وإناثها كما لو جمع بين نوعين من الإناث.

الثالث: قال صاحب «التهذيب»[١]: تشقق بعض الجوزق من الكرسف كتشقق الكل. وما تشقق من الورد يبقى للبائع، وما لم يتشقق يكون للمشتري، وإن كانا على شجرة واحدة ولا يتبع البعض البعض بخلاف ثمر النخل؛ لأن المتشقق لا يقطَع بل يترك إلى إدراك الكل، وما تشقق من الورد يجتبى ولا يترك إلى تشقق الباقي[٢].

وذكر أيضاً: أن التين والعنب إن ظهر بعضه دون بعض؛ فما ظهر يكون للبائع، وما لم يظهر يكون للمشتري، وهذه الصورة الأخيرة محل التوقف. والله أعلم.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: (وغير المؤبر يندرج)، يحتاج إلى قيد آخر؛ وهو: أن لا يتشقق بنفسه؛ إذ لو تشقق لما اندرج وإن لم يؤبر، على أن بعضهم فسَّر التأبير بما يدخل فيه التشقيق والتشقق، فعلى ذلك الاصطلاح يستمر الكلام على ظاهره.

وقوله: (كل ثمرة ظهرت للناظرين)، أي: إما في ابتداء الوجود، كالتين، أو بالتفتح، كالورد، أو بالخروج من النور على التفصيل السابق.

وقوله: (نظراً إلى وقت التأبير)، هذا التوجيه يقتضي أن يكون أحد البستانين تابعاً للآخر لدخول وقت التأبير، لكن الظاهر خلافه على ما مر، فهو إذاً محمول على نخيل البستان الواحد.

وفي قوله: (هذا إذا اتحد النوع وشملت الصفقة)، مثل هذا الكلام المعني: وإن[٣] اتحد البستان، إلا أن يجاب بالوجه الآخر. والله أعلم.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٨٧).

(٢) أي: لا يخاف اختلاطه.

(٣) في (ظ): (و).

قال:

(وليسَ لمشتري الأشجارِ أن يكلِّفَ البائعَ قطعَ الثِّمار، بل له (ح) الإبقاءُ إلى أَوانِ القِطافِ للعُرف. ولكلٍّ واحدٍ أن يسقيَ الأشجارَ إذا كان يحتاجُ إليه، إن لم يكن يتضرَّرُ صاحبُه، وإن تَقَابَلَ الضَّرَرَانِ؛ فأيّهما أولى به؟ فيه ثلاثة أوجه، أصحُّها: أن المشتريَ أولى إذا التزمَ البائعُ سلامةَ الأثمارِ[١] له. وفي الثالث: يتساويانِ فيَفسخُ العقد؛ لتعذُّرِ الإمضاءِ إن لم يصطلحا. ومهما لم[٢] تتضرَّر الثِّمارُ بالسَّقي، وتضرر الشجر بتركِ السَّقي؛ فعلى البائعِ السَّقيُ أو القَطع).

في الفصل صور:

إحداها: إذا باع الشجرةَ وبقيتِ الثمرةُ للبائع؛ فإن شرط القطع في الحال: لزمه القطع. وإن أطلق؛ فليس للمشتري أن يكلفه القطع في الحال، بل له الإبقاء إلى أوَانِ الجذاذ في النخل، والقطاف في العنب. وبه قال مالك[٣] وأحمد[٤].

وقال أبو حنيفة[٥]: يلزمه القطع في الحال. ولو شرط الإبقاء: فسد.

لنا: أن مطلق العقد محمول على المعتاد، والمعتاد في الثمار الإبقاء، حتى لو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعها قبل النضج؛ يكلف القطع. وإذا جاء وقت الجذاذ؛ لا يمكّن مِنْ أن يأخذها على التدريج، ولا أن يؤخر إلى نهاية النضج.

---

(١) في (ز): (الأشجار).

(٢) زيادة في (ط دار الفكر) وغيرها.

(٣) «مواهب الجليل» (٤/ ٥٠٠).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٣).

(٥) «تبيين الحقائق» (٤/ ١١-١٢).

واعلم أنه حكِي اختلاف القول في جواز إبقاء الثمار في صورتين:

إحداهما: لو تعذر السقي لانقطاع الماءِ، وعَظُمَ ضررُ النخيل بإبقاء الثمار؛ ففيه قولان منقولان عن «الأم»[١]. قال أبو القاسم الكرخي: أصحهما: أنه ليس له الإبقاء؛ دفعاً للضرر عن المشتري.

الثانية: لو أصاب الثمار آفة سماوية ولم يكن في إبقائها فائدة، هل له الإبقاء؟ عن رواية صاحب «التقريب» فيه قولان.

الصورة الثانية: سقي الثمار عند الحاجة على البائع، وعلى المشتري تمكينه من دخول البستان ليسقي، فإن لم يأتمنه نصب الحاكم أميناً للسقي، ومؤونته على البائع. وإذا كان السقي ينفع الثمار والأشجار معاً؛ فلكل واحد من البائع والمشتري السقيُ، وليس للآخر منعه. وإن كان يضر بهما معاً؛ فليس لأحدهما السقي إلا برضا الآخر. وإن أضر بالثمار ونفع الأشجار فأراد المشتري أن يسقي ونازعه[٢] البائع؛ فوجهان. قال ابن أبي هريرة: للمشتري السقي. ولا يبالي بضَرر[٣] البائع؛ لأنه قد رضي به حين أقدم على هذا العقد. وقال أبو اسحاق: يفسخ العقد؛ لتعذر إمضائه إلا بإضرار أحدهما. فإن سامح أحدُهما الآخر؛ أقرّ، وهذا أظهر.

وإن أضَرَّ بالأشجار ونفع الثمار وتنازعا؛ جرى الوجهان. فعند ابن أبي هريرة: للبائع السقي. وقول أبي إسحاق لا يختلف[٤]. فهذا ما نقله الجمهور واقتصروا عليه[٥].

---

(١) «الأم» للشافعي (٣/ ٤٤).

(٢) أي: فمنعه.

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (برضا).

(٤) وهو الفسخ إن لم يسامح.

(٥) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٤٤).

وحكى الإمام[1] وصاحب الكتاب في الصورتين ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجاب المشتري إلى مطلوبه؛ لأنه التزم سلامة الأشجار للبائع.

وثانيها: أنه يجاب البائع؛ لاستحقاقه إبقاء الثمار.

والثالث: يتساويان.

وترجيح الوجه الأول مما لم أره إلا لصاحب الكتاب.

ولو كان السقي يضر بأحدهما، وتَرْكُ السقي يمنع حصول زيادة في جانب الثاني؛ ففي التحاقه بتقابل الضرر احتمالان عند الإمام[2].

الصورة الثالثة: لو لم يَسْقِ البائع وتضررَ المشتري ببقاء الثمار لامتصاصها رطوبة الأشجار؛ أُجبر على السقي أو القطع. فإن تعذر السقي لانقطاع الماء؛ ففيه القولان السابقان. والله أعلم.

* * *

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١١٧).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١١٦-١١٨).

قال رحمه الله:

(اللفظُ السادس: بيعُ الثِّمار، وموجبُ إطلاقِه استحقاقُ الإبقاءِ إلى القِطاف. فإن كانَ بعدَ بدوِّ الصَّلاح: صحَّ بكلِّ حالٍ (ح)، وموجبُ الإطلاقِ التَّبقية[1] (ح)، وإن كانَ قبلَه: بطلَ إلا بشرطِ القَطع (ح)؛ لأنها تتعرَّضُ للعاهات؛ فلا يُوثَقُ بالقُدرةِ على التَّسليمِ إلى القِطاف. وقد نهى النبيُّ ﷺ عن بيع الثِّمارِ حتى تنجوَ من العاهة، ولو اشتراها صاحبُ الشَّجرة؛ فلا يجبُ شرطُ القَطعِ (و)، ولو باعَ الشَّجرةَ وبقيتِ الثِّمارُ له؛ لم يَجِب شرطُ القَطع؛ لأن المبيعَ هو الشَّجر، ولا خوف فيه، ولو باعَ الشَّجرةَ[2] معَ الثَّمرة؛ فلا يُشترطُ القَطع؛ لفقدِ العلّةِ المذكورة، ولو اطرَدَ عرفُ قومٍ بقطعِ الثِّمار؛ ففي إلحاقِ العُرفِ الخاصِّ بالعامِّ خلاف).

قد ذكر في اللفظ الخامس حكم بيع الأشجار دون التعرض للثمار. والغرضُ الآن الكلام في بيع الثمار دون التعرض للأشجار، وهي إما أن تباع بعد بدوّ الصلاح أو قبله.

الحالة الأولى: إذا بيعت بعد بدو الصلاح: جاز مطلقاً، وبشرط إبقائها إلى وقت الجذاذ، وبشرط القطع، سواء كانت الأصول للبائع أو للمشتري أو لغيرهما؛ لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها[3]، والحكم بعد الغاية يخالف الحكم قبلها.

---

(١) في (ط الفكر): (التبعية).

(٢) من قوله: (وبقيت الثمار) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٦٠)، برقم (٢١٩٤) في البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، =

ثم عند الإطلاق يجوز الإبقاء إلى أوان الجذاذ للعرف، وشرط التبقية[١] تصريح بما هو من مقتضيات العقد. وساعدنا مالك[٢] وأحمد[٣] على ما ذكرناه. وعند أبي حنيفة[٤]: لا يجوز البيع بشرط الإبقاء، ويلزم القطع في الحال في صورة الإطلاق. ولا يجوز أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح مع ما يحدث[٥] بعدها خلافاً لمالك[٦].

الحالة الثانية: إذا بيعت قبل بدو صلاحها؛ فإما أن تباع مفردة عن الأشجار أو معها.

الحالة الأولى: أن تباع مفردة عن الأشجار؛ فالأشجار تصور على وجهين، أحدهما: أن تكون للبائع أو لغير المتعاقدين، فلا يجوز بيع الثمار مطلقاً ولا بشرط الإبقاء، ويجوز بشرط القطع.

أما الجواز بشرط القطع؛ فمجمع[٧] عليه، وأما أنه لا يجوز مطلقاً وبشرط الإبقاء؛ فلما سبق من الخبر، فإن ظاهره يمنع من مطلق البيع، خرج البيع المشروط بالقطع بالإجماع؛ فيعمل به فيما عداه. والمعنى الفارق بين ما بعد بدو الصلاح وقبله: أن الثمار بعد بدو الصلاح تأمَنُ مِنَ العاهات والجوائح غالباً؛ لكبرها وغِلَظِ نواها، وقبل

= بهذا اللفظ. ومسلم (٣/ ١١٦٥)، برقم (٤٩) (١٥٣٤)، في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، بلفظ: «الثمر» بدل: «الثمار».

(١) في (ط الفكر) و(ز): (التبعية).

(٢) «الإشراف» (١/ ٢٦٣).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٥).

(٤) «فتح القدير» (٦/ ٢٨٨).

(٥) في (ظ): (حدث).

(٦) «الإشراف» (١/ ٢٦٢-٢٦٣).

(٧) «فتح القدير» (٦/ ٢٨٧)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧٦)، والمجموع (١١/ ٤١٢)، و«المغني» (٤/ ٩٢).

بدو الصلاح تسرع إليها العاهات؛ لضعفها، فإذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن، وكان ذلك من قِبَلِ أكل المال بالباطل.

وإلى هذا المعنى أشار باللفظ المروي في الكتاب؛ وهو أنه ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة[(١)]، وروي: أنه ﷺ قال: «أرأيت إذا منع الله الثمرة؟ فبم يستحل أحدُكم مال أخيه؟»[(٢)].

فأما إذا شرط القطع؛ فيتبين أن غرضه هو الحصرم والبلح وأنه حاصل. هذا هو المعنى المشهور. وحكى الإمام مع ذلك معنًى آخر عن بعض الأصحاب؛ وهو أن الثمار قبل بدو الصلاح تكبر أجزاؤها كبراً ظاهراً، وتلك الأجزاء من أجزاء الشجرة بامتصاصها رطوباتها فيتعذر الإبقاء لذلك كما يتعذر البيع بشرط أن يأكل العبد المبيع من مال البائع[(٣)]. وساعدنا مالك[(٤)] وأحمد[(٥)] على قولنا. وقال أبو حنيفة[(٦)]: لا يصح البيع بشرط الإبقاء، ويصح مطلقاً، ويؤمر بقطعه في الحال. وهذا ذهاب إلى أن مقتضى

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦١٨)، برقم (١٢)، في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، مرسلاً عن عمرة. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٨): «وصله الدارقطني في «العلل» من طريق ابن أبي الرجال، عن عمرة، عن عائشة».

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦١٨)، برقم (١١)، في البيوع، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، من حديث أنس مرفوعاً بهذا اللفظ، إلا لفظ: «يأخذ» بدل: «يستحل»، وهو ثابت في حديث مسلم (٣/ ١١٩٠) برقم (١٦)، في المساقاة، في باب وضع الجوائح.
والبخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٦٥)، برقم (٢١٩٨)، في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع. بلفظ: «بم يأخذ». قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٨) «وقد بينت في «المدرج»: أن هذه الجملة موقوفة من قول أنس وأن رَفْعَها وهمٌ، وبيانها عند مسلم».

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٤٣).

(٤) «الإشراف» (١/ ٢٦٣).

(٥) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٥).

(٦) «فتح القدير» (٦/ ٢٨٨).

الإطلاق القطع؛ إذ به يحصل التسليم، وعندنا مقتضى الإطلاق الإبقاء بناء على العادة العامة، كما تنزل الدراهم المطلقة في العقد على النقد الغالب، والإجارة المطلقة على المنازل المعهودة في الطريق. والتسليم يجب بحسب العادة. ألا ترى أنه لو باع داراً فيها أمتعة كثيرة لا يلزمه نقلها في جُنْح[1] الليل، ولا أن يجمع كل حمال في البلد لتعجيل التسليم، ولكن ينقل على العادة؟

ثم هاهنا فروع:

أحدها، وقد ذكره في الكتاب: لو كان في البلاد الشديدة البرد كرومٌ لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة، واعتاد أهلُها قطعها حصرماً[2]؛ ففي بيعها وجهان عن القفال: أنه يصح من غير شرط القطع؛ تنزيلاً لعادتهم الخاصة منزلة[3] العادات العامة. وقد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على المعتاد، فيكون القطع المعهود كالمشروط. وامتنع الأكثرون من ذلك، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة.

وهذا الخلاف يجري فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون حتى تنزل عادتهم على رأي منزلة شرط الانتفاع ويحكم بفساد الرهن. وأشار إمام الحرمين رحمه الله إلى تخريج[4] ذلك على مسألة السر والعلانية[5].

الثاني: إذا باع بشرط القطع؛ وجب الوفاء به، ولو تراضيا على الترك؛ فلا بأس. وكان بدو الصلاح ككبر العبد الصغير.

---

(١) جُنْحُ الليل، بضم الجيم وكسرها: ظلامه واختلاطه. «المصباح المنير»، مادة: جنح.

(٢) في (ظ): (واعتاد أهلها قطع الحصرم).

(٣) في (ط الفكر): (منزل).

(٤) في (ظ): (بناء).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٤٤).

وعن أحمد[1]: أنه يبطل البيع، وتعود الثمرة[2] إلى البائع.

الثالث: قال في «التتمة»: إنما يجوز البيع بشرط القطع إذا كان المقطوعُ منتفعاً به، كالحصرم واللوز ونحوهما. فأما ما لا منفعة فيه، كالجوز والكمثرى؛ فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضاً.

الوجه الثاني: أن تكون الأشجار للمشتري، مثل أن يبيع الشجرة من إنسان بعد ظهور الثمرة، وتبقى الثمرة له على ما مر، ثم يبيع الثمرة من مالك الشجرة، أو يوصي بالثمرة لإنسان ثم يبيع الموصى له الثمرة من الوارث، فهل يشترط شرط القطع؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ عند الجمهور ـ: نعم؛ لشمول الخبر. والمعنى: فإن المبيع هو الثمرة، ولو تلفت لم يبق في مقابلة الثمر شيء، ولكن يجوز له الإبقاء. ولا يلزمه الوفاء بالشرط هاهنا؛ إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره من أشجاره.

والثاني ـ وهو الذي أورده في الكتاب ـ: أنه لا حاجة إلى شرط القطع؛ لأنه يجمعها مالك واحد فأشبه ما لو اشتراهما معاً، وسيأتي ذلك.

ولو باع الشجرة وعليها ثمرة مؤبرة فبقيت للبائع، فلا حاجة إلى شرط القطع، لأن المبيع هو الشجرة، وهي غير متعرضة للعاهات، والثمار مملوكة له بحكم الدوام.

ولو كانت الثمرة غير مؤبرة فاستثناها لنفسه، فهل يجب شرط القطع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الثمار والحالة هذه مندرجة، لولا الاستثناء؛ فكان كملك مبتدإ.

---

(١) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٤).

(٢) وإذا بطل البيع فيما ذكر، فالأصل من الثمرة والزرع، والزيادة الطارئة بعده تعود إلى البائع.

وأصحهما: أنه لا يجب؛ لأنه في الحقيقة استدامة ملك.

فعلى هذا، له الإبقاء إلى وقت الجذاذ. ولو صرح بشرط الإبقاء: جاز، وعلى الأول: لا يجوز(١).

الحالة الثانية: أن تباع الثمار مع الأشجار، فيجوز من غير شرط القطع، بل لا يجوز شرط القطع(٢) فيه.

أما أنه يجوز من غير شرط القطع؛ فلما روي: أنه ﷺ قال: «من باع نخلة بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(٣).

جوز(٤) شرط الثمرة للمبتاع مع الأصل مطلقاً. والمعنى فيه: أن الثمرة هاهنا تتبع الأصل، والأصل غير متعرض للعاهة، وقد يحتمل في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يحتمل فيه إذا أُفرد بالتصرف، كالحمل في البطن واللبن في الضرع.

وأما أنه لا يجوز شرط القطع فيه؛ فلما فيه من الحجر عليه في ملكه.

ثم نتكلم في عبارات الكتاب:

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٥٦): «قلت: قال الإمام: إذا قلنا يجب شرط القطع، فأطلق، فظاهر كلام الأصحاب: أن الاستثناء باطل، والثمرة للمشتري. قال: وهذا مشكل، فإن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائها محال. قال: فالوجه عدّ الاستثناء بالمطلق شرطاً فاسداً مفسداً للعقد في الأشجار، كاستثناء الحمل. والله أعلم».

(٢) قال في «الروضة» (٣/ ٥٥٦): «قلت: لو قطع شجرة عليها ثمرة ثم باع الثمرة، وهي عليها: جاز من غير شرط القطع، لأن الثمرة لا تبقى عليها، فيصار كشرط القطع. والله أعلم».

(٣) سبق تخريجه قريباً في (ص: ٣٢١) من هذا الجزء.

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (جواز).

قوله: (صح بكل حال)، معلم بالحاء؛ لأنه يتناول البيع بشرط التبقية[١]. وقد سبق أن أبا حنيفة لا يجوزه.

وقوله: (موجباً لإطلاق التبقية[٢])، مستغنًى عنه؛ لأن في قوله: (وموجب إطلاقه استحقاق الإبقاء إلى القطاف)، ما يغني عنه، ثم هو معلم بالحاء، وكذا قوله: (بطل إلا بشرط القطع)؛ لما مر.

وقوله: (لأنها تتعرض للعاهات؛ فلا يوثق بالقدرة على التسليم إلى القطاف)، أراد به أن تمام التسليم إنما يحصل بالقطاف، وهو بعرض الجوائح والآفات قبل ذلك؛ فالقدرة على التسليم إذن غير موثوق بها، لكن في كون الأمر كذلك مزيدُ كلامٍ ستعرفه في مسألة الجوائح وما بعدها.

وقوله: (لفقد العلة المذكورة)، أراد به أن تمام التسليم هاهنا يحصل بالتخلية، ولا يتوقف على القطاف؛ لكون الأصول مملوكة له.

وقوله: (ففي إلحاق العرف الخاص بالعام خلاف)، ليس فيه تصريح بحكم المسألة، لكن فيه إشارة إلى مأخذها، معناه: في الاستغناء عن شرط القطع خلافٌ.

وجه الاستغناء: حمل المطلق على القطع المعهود، كما يحمل المطلق على الإبقاء المعهود؛ ذهاباً إلى أن المعهود بالعرف الخاص كالمعهود بالعرف[٣] العام. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (التبعية).

(٢) في الأصل: (التبعية).

(٣) قوله: (الخاص كالمعهود بالعرف) سقط من (ظ).

قال:

(ثم اتَّفقوا على أن (ح) وقتَ بدوِّ الصلاحِ كافٍ، كما في التأبير، ولكن بشرطِ اتِّحادِ الجنس. وكذلكَ ينبغي أن يتَّحدَ النَّوعُ والبُستانُ والملكُ والصَّفقة. فلو اختلفَ شيءٌ من ذلك؛ ففيه خلاف. وصلاحُ الثِّمار: أن يطيبَ أكلُها ويأخذَ الناسُ في الأكل، وذلك بظهورِ مبادئ الحلاوة).

في الفصل قاعدتان لا بد من معرفتهما في الباب:

الأولى: لا يشترط للاستغناء عن شرط القطع بدو الصلاح في كل عنقود، بل إذا باع ثمار شجرة بدا الصلاح في بعضها؛ صح من غير شرط القطع. ولو باع ثمار أشجار بدا الصلاح في بعضها[1]؛ نُظِر: إن اختلف الجنس: لم يعتبر بدو الصلاح في أحد الجنسين حكم الجنس الآخر، حتى لو باع الرطبَ والعنبَ صفقة واحدةً، ولم يبد الصّلاح في أحدهما؛ وجب شرط القطع فيه.

وإن اتحد الجنس؛ فالنظر في اتحاد النوع واختلافه، وبتقدير الاتحاد؛ فالنظر في اتحاد البستان وتعدده، وبتقدير الاتحاد؛ فالنظر في بيعها صفقة واحدة، وإفراد ما لم يبدُ الصلاح فيه بالبيع. وحكم الأقسام على ما مر في البابين بلا فرق حتى أن الأصح: أن لا يبيعه عند الإفراد، وأنه لا أثر لاختلاف النوع، وأنه لا يتبع بستان بستاناً. وبهذا قال أحمد[2].

---

(١) من قوله: (صح من غير) إلى هنا سقط من (ز).

(٢) قال في «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٧): «ولو أفرز ما لم يبدُ صلاحه من البستان مما بدا صلاحه وباعه ـ أي: ما لم يبدُ صلاحه ـ: لم يصح البيع».

وعن مالك[(١)]: أن البستان يتبع البستان إذا تَـجَاوَرَا. وَرُبَّـماَ نقل عنه الضبط ببساتين البلدة الواحدة. هذه إحدى القاعدتين.

بقي قوله: (والملك)، اعلمْ أن المصنف رحمه الله حكى خلافاً في اشتراط اتحاد الملك، وربما يشير إليه كلام الإمام[(٢)]، ولا بدّ من البحث عن موضعه وكيفيته، فنقول:

إذا بدا الصلاح في ملك غيره[(٣)] ولم يبدُ في ملكه؛ لم يخْلُ؛ إما أن يكونا في بستان واحد أو في بستانين، فإن كانا في بستان واحد، وباع ملكه؛ فقد ذكرنا وجهين فيما لو كان الكل ملكه، وأفرد ما لم يبدُ فيه الصلاح بالبيع. وهل يعطى له حكم ما بدا فيه الصلاح حتى يستغنى فيه عن شرط القطع أم لا؟ وهو المراد من الخلاف في اعتبار اتحاد الصفقة. فإن ثبت الخلاف في اعتبار اتحاد الملك والحالة هذه؛ فسبيله أن يقال:

أحد الوجهين: أن الحكم كما لو كان ما بدا فيه الصلاح ملكه؛ فيطرد الوجهان.

والثاني: القطع بالمنع. وإن كانا في بستانين؛ فقد نقل الإمام القطع بأنه لا عبرة به، ولا نظر إلى بدو الصلاح في بستان غير البائع، لكنا إذا لم نفرق فيما بدا فيه الصلاح من ذلك البستان، ولم يدخل في البيع بين أن يكون ملك البائع أو ملك غيره؛ فقياسه أن لا يفرق فيمـا بدا فيه الصلاح في بستان آخر أيضاً، إذا لم يشترط اتـحاد البستان. والله أعلم[(٤)].

ثم حيث ثبت الخلاف في اعتبار اتحاد الملك هاهنا، فهو جائز في التأبير أيضاً.

---

(١) قال في «الإشراف» (١/ ٢٦٤): «إذا بدا الصلاح في نخلة واحدة: جاز بيع ذلك القراح وما جاوره إذا كان ذلك الصلاح المعهود لا المبكر في غير وقته».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٤٥).

(٣) أي: غير ذلك.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٤٩).

وإن لم يَـجْرِ[١] ذِكْرُهُ ثَمَّ، والظاهر أنه غير معتبر في الموضعين.

والثانية: بدو الصلاح في الثمار بظهور النضج ومبادئ الحلاوة وزوال العفوصة[٢] أو الحموضة المفرطين[٣]، وذلك فيما لا يتلوّن[٤] بأن يتموّه ويتلين، وفيما يتلون[٥]؛ بأن يـحمر أو يصفر أو يسود، نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمـار حتى تزهى، قيل: يا رسول الله! وما تزهى؟ قال: «تحمر أو تصفر»[٦].

واعلم أن هذه الأوصاف وإن كان يعرف بـها بدوُّ الصلاح في الثمـار، لكنها ليست ولا واحدٌ منها بشرط في تفسير بدو الصلاح؛ لأن القثاء لا يفرض[٧] فيه نضج ولا حلاوة، وليس فيه عفوصة ولا حموضة حتى تزول، بل يستطاب أكله في الصغر كما يستطاب في الكبر؛ ولذلك قال في الكتاب: (بأن يطيب أكلها ويأخذ الناس في الأكل)، فاعتبر مع طيب الأكل أخذ الناس فيه، وذلك في القثاء بأن يكبر بحيث

(١) هكذا في (ط دار الفكر) وفي المجموع (١١/ ٤٥٧) نقلًا عن الرافعي، وهو الأقرب للسياق.

(٢) العَفْصُ: معروف يقع على الشجر وعلى الثمر. «لسان العرب»، مادة: عفص.

(٣) لو قال: «مفرطتين» بتاء التأنيث لكان أحسن. وكل منهما جائز.

(٤) في (ظ): (يتكون).

(٥) في (ظ): (يتكون).

(٦) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٠)، برقم (١٥٥٥)، في المساقاة، باب وضع الجوائح، عن أنس بلفظ: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تُزْهي. قالوا: وما تزهى؟ قال: «تحمر»، وفي لفظ: أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل حتى تَزْهو. فقلنا لأنس: «ما زَهْوُها؟» قال: «تَحْمَرُّ وتصفَرُّ». والبخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٦٤)، برقم (٢١٩٧)، في البيوع، باب بيع النخل قبل أن يبدو صلاحها، بلفظ: إنه نهى عن النخل حتى يَزْهُوَ. قيل: وما يَزْهُو قال: «يحمَارُّ ويَصفَارُّ». ومرة بلفظ: نهى عن بيع ثَمَرِ التمر حتى يَزْهُوَ. قلنا لأنس: «ما زهْوُها؟» قال: «تحمَرّ وتصفرّ» في البيوع، باب بيع المخاضرة، (٤/ ٤٧٢)، برقم (٢٢٠٨)، وكلها من حديث أنس رضي الله عنه.

(٧) في (ز): (وليس).

يجتبى في الغالب ويؤكل، وفي الصغر إنما تؤكل على سبيل الندور. وأيضاً فإن بدو الصلاح في الزرع يحصل عند اشتداد الحب ولا يفرض فيه عفوصة ولا حموضة ولا نضج وحلاوة على أن اعتبار[١] الأكل غير معتبر في تفسير مطلق بدو الصلاح أيضاً؛ لأن صاحب «التهذيب»[٢] ذكر أن بيع أوراق الفرصاد قبل تناهيها لا يجوز إلا أن يشترط[٣] القطع، وبعده يجوز مطلقاً ويشترط القطع، فجعل تناهي الورق صلاحاً له وأنه غير مأكول.

إذا تقرر ذلك؛ فلو قال قائل: بدو الصلاح في هذه الأشياء صيرورتها إلى الصفة التي تطلب غالباً، لكونها على تلك الصفة؛ لكان قد ذَكَرَ عبارةً شاملة. والله أعلم.

قال:

(وبيعُ البطيخِ إن كانَ مع الأصول (و) يتقيَّدُ بشرطِ القَطعِ قبلَ الصَّلاح، إلا إذا بيعَ معَ الأرض، وبيعُ أصولِ البَقلِ لا يتقيَّدُ به؛ إذ لا يَتعرَّضُ للآفة).

بيع البطيخ قبل بدو صلاحه لا يجوز من غير شرط القطع. وإن بَدَا الصلاح في كله أو بعضه؛ نُظِر: إن كان يخاف خروج غيره؛ فلا بد من شرط القطع[٤] أيضاً، لأنه إذا وجب شرطه خوفاً من الجائحة التي الغالب فيها العدم؛ فلأنْ يجب خوفاً من الاختلاط الذي الغالب فيه الوجود كان أولى، فإن شرط القطع ثَمَّ؛ لم يتفق حتى خرج

---

(١) في (ظ): (اعتياد).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٢٨٤-٢٨٥).

(٣) في (ظ): (إلا بشرط).

(٤) من قوله: (وإن بدا الصلاح) إلى هنا سقط من (ظ).

غيره، واختلط المبيع بغير المبيع[١]؛ ففي انفساخ البيع قولان نذكرهما في نظائرها. وإن كان لا يخاف خروج غيره: جاز بيعه من غير شرط القطع. هذا إذا أفرد البطيخ بالبيع. ووراءه حالتان:

إحداهما: لو أفرد أصوله بالبيع؛ ذكر العراقيون وغيرهم: أنه يجوز، ولا حاجة إلى شرط القطع إذا لم يخف الاختلاط، كبيع الزرع الذي اشتد حبه. ثم الحمل الموجود يبقى للبائع، وما يحدث بعده يكون للمشتري. وإن خيف اختلاط الحملين؛ فلا بد من شرط القطع. فإن شرط ولم يتفق القطع حتى وقع الاختلاط؛ ففيه طريقان سنذكرهما في نظيرهما[٢]. ولو باع الأصول قبل خروج الحمل؛ فلا بد من شرط القطع أو القلع، كالزرع الأخضر. وإذا اشترط ثم اتفق بقاؤه حتى خرج الحمل؛ فهو للمشتري.

الثانية: لو باع البطيخ مع أصوله؛ فجواب الإمام وصاحب الكتاب: أنه لا بد من شرط القطع بخلاف ما إذا باع الثمرة مع الشجرة؛ لأن الشجرة غير متعرضة للجائحة، والبطاطيخ مع أصولها متعرضة لها[٣]. فلو باعها[٤] مع الأرض؛ استغنى عن شرط القطع، وكانت الأرض هاهنا كالأشجار ثم. وقضية[٥] ما نقلناه في بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط: أنه لا حاجة إلى شرط القطع. فليعلم قوله: (يتقيد بشرط القطع)، بالواو؛ لذلك.

وقوله: (وبيع أصول البقل) إلى آخره، منازع فيه أيضاً، وسأذكره في الفصل

---

(١) قوله: (بغير المبيع) سقط من (ظ).

(٢) في (ظ) و(ز): (نظيرها).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٥١).

(٤) في (ظ): (باعهما).

(٥) أي: مقتضى.

التالي لهذا، والباذنجان وشجره[١] كالبطيخ في الأحوال الثلاث.

فرع لابن الحداد رحمه الله: لو باع نصف الثمار على رؤوس الأشجار مشاعاً قبل بدو الصلاح: لم يصح. وعللوه بأن البيع ـ والحالة هذه ـ يفتقر إلى شرط القطع، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكل؛ فتضرر البائع بنقصان غير المبيع، فأشبه[٢] ما إذا باع نصفاً معيناً من سيف. وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الكل إنما يستمر بتقدير دوام الإشاعة وامتناع القسمة. أما إذا جوزنا قسمة الثمار في حال الرطوبة بناء على أنها إفراز فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل بأن يقسم أولاً؛ فليكن منع البيع مبنيّاً على القول بامتناع القسمة لا مطلقاً. وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد. قال القاضي أبو الطيب: وهو الصحيح.

ولو باع نصفها مع نصف النخل: صح وكانت الثمار تابعة. ولو كانت الشجرة لواحد والثمرة لآخر فباع صاحب الثمرة نصفها من صاحب الشجرة؛ فوجهان، بناءً على الخلاف في اشتراط القطع هاهنا. ولو كانت الثمار والأشجار مشتركة بين رجلين، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه من الثمرة: لم يجز. ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة: لم يجز مطلقاً. ويجوز بشرط القطع؛ لأن جملة الثمار تصير لمشتري الثمرة، وجملة الأشجار للآخر. وعلى مشتري الثمرة قطع الكل؛ لأنه بهذه المعاملة التزم قطع النصف المشترى[٣] بالشرط، والتزم تفريغ الأشجار لصاحبه. وبيع الشجرة على أن يفرغها للمشتري جائز، وكذا لو كانت الأشجار لأحدهما والثمرة بينهما فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة على شرط القطع: جاز. والله أعلم.

---

(١) في (ظ) و(ز): (ونحوه).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (أشبه).

(٣) في (ظ): (للمشتري).

قال:

(ولا بدَّ من الاحتياطِ في أمرَين، أحدهما: أن تكونَ الثِّمارُ باديةً، إلا على قولِ تجويزِ بيع الغائبِ أو فيما صلاحُه في إبقائِه في الكمام[١]، كالرُّمّان، وفي استتارِ الحنطةِ بالسُّنبلةِ والأرزةِ[٢] بالقشرةِ[٣] والباقلاءِ والجوزِ بالقشرةِ العُليا خلاف (م ح)، منشؤُه: أن الصلاحَ هل يتعلَّقُ ببقائِه فيها؟).

لا يجوز بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع؛ لما سبق في الثمار، فإن باعه مع الأرض: جاز تبعاً، وكذلك لا يجوز بيع البقول في الأرض دون الأرض إلا بشرط القطع أو القلع سواء كان مما يُجزُّ مِرَاراً أو لا يُجَزُّ إلا مرة واحدة، هكذا أورده صاحب «التهذيب»[٤] وغيره، وهو خلافُ قولِه في الكتاب[٥]: (وبيع أصول البقل لا يتقيد به)، فَاعْلَمْه وأَعلِمْه.

ولو باع الزرع بعد اشتداد الحب؛ فهو كما لو باع الثمار بعد بدو الصلاح؛ فلا حاجة إلى شرط القطع، ولكن يشترط ظهور المقصود.

فلو باع ثمرة لا كمام لها، كالتين والعنب والكمثرى: جاز، سواء باعها على الشجرة أو على وجه الأرض. ولو باع الشعير أو السلت مع السنابل: جاز بعد الحصاد وقبله؛ لأن الحبات ظاهرةٌ في السُّنْبلة. ولو كان للثمرة أو الحب كمامٌ لا يزال إلا عند

---

(١) في (ز): (كمامه).

(٢) في (ز): (والأرز).

(٣) زاد في (ز): «العليا». (م ع).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٨٥).

(٥) أي: في الفقرة الفائتة.

الأكل، كالرمان والعلس، فكمثل مَا لَهُ كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل، كالجوز واللوز والرانج، يجوز بيعه في القشرة السفلى، ولا يجوز في العليا لا على رأس الشجر ولا على وجه الأرض؛ لتستر المقصود بما ليس من صلاحه. وفيه قولٌ: أنه يجوز ما دام رطباً في القشرة العليا. وبه قال ابن القاص والإصطخري؛ لتعلق الصلاح به؛ من حيث إنه يصون القشرة السفلى ويحفظ رطوبة اللب.

وبيع الباقلا في القشرة العليا على هذا الخلاف. وادعى الإمام أن الأظهر فيه الصحة؛ لأن الشافعي رضي الله عنه أمر بعض أعوانه بأن يشتري له الباقلا الرطب[1].

وما لا يرى حباته في السنبلة، كالحنطة والعدس والسمسم؛ لا يجوز بيعه في السنبلة دون السنبلة. ومعها قولان:

القديم: الجواز؛ لما روي: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحب حتى يشتد[2]، وقد اشتد.

والجديد[3]: المنع؛ لتستر المقصود بما لا يتعلق به الصلاح، كبيع تراب الصاغة والكدس[4] بعد الدياسة وقبل التنقية، والأرز كالشعير يباع في السنابل؛ لأنه يدخر في قشره، وبهذا قال ابن القاص وأبو علي الطبري، ومنهم من قال: هو كالحنطة.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٥٤). وقال في «الروضة» (٣/ ٥٦١): «قلت: المنصوص في «الأم»: أنه لا يصح بيعه. قال صاحب «التهذيب»، وغيره: هو الأصح. وبه قطع صاحب «التنبيه»، هذا إذا كان الجوز واللوز والباقلاء رطباً. فإن بقي في قشره الأعلى فيبس، لم يجز بيعه وجهاً واحداً إذا لم نجوّز بيع الغائب. كذا قاله الإمام وصاحب «التهذيب» وغيرهما. وحكى فيه صاحب «التتمة» وجهاً: أنه يصح. وإن أبطلنا بيع الغائب. ويصح بيع طلع النخل من قشره في الأصح. والله أعلم».

(٢) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ٤٣)، برقم (٣٢٣٢)، في البيوع، باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، عن أنس رضي الله عنه، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي وابن ماجَهْ، وقال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد».

(٣) وعكس الجديد والقديم في (ز). وهو خطأ كما في «مغني المحتاج» (٢/ ٩٠).

(٤) الكُدْسُ: وزان قُفْلٍ، ما يجمع من الطعام في البيدر. «المصباح المنير»، مادة: كدس.

ولا يجوز بيع الجزر والثوم والبصل والفجل والسلق في الأرض؛ لتستر المقصود. ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القطع. وبيع القُنَّبيط[١] في الأرض؛ لظهوره. كذا نوع من السَّلْجَمُ[٢] يكون ظاهراً. ويجوز بيع اللوز في القشرة العليا قبل انعقاد السفلى؛ لأنه مأكول كله، كالتفاح.

وهل القول بالمنع في صور الفصل، مقطوع به أم هو مفرع على قول منع بيع الغائب؟ ذكر الإمام أنه مفرع عليه. أما إذا جوزنا بيع الغائب؛ صح البيع فيها[٣] جميعاً. وعلى هذا جرى في الكتاب؛ حيث قال: (إلا على قول تجويز بيع الغائب).

وفي «التهذيب»[٤]: أن المنع في بيع الجزر[٥] وما معناه في الأرض ليس مبنيّاً على بيع الغائب؛ لأنه في بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد رؤيته بصفته، وهاهنا لا يمكن[٦].

وعند أبي حنيفة[٧] ومالك[٨] وأحمد[٩]: يصح البيع في جميع صور الفصل.

وإذا قلنا بالمنع؛ فلو باع الجوز مثلاً في القشرة العليا مع الشجرة، أو باع الحنطة في سنبلها مع الأرض؛ فطريقان:

---

(١) القُنَّبِيط: نبات معروف بضم القاف، والعامةُ تفتَحُ. «المصباح المنير»، مادة: قنب.

(٢) السَّلْجَم وزان جعفر: اللفت. «المصباح المنير»، مادة: سلج.

(٣) في (ز): (فيهما).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٨٧-٣٨٨).

(٥) في (ظ): (الجوز).

(٦) قال في «الروضة» (٣/ ٥٦١): «قلت: هذا أصح. ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب. ونقل بعضهم كقول إمام الحرمين في الجزر ونحوه. والله أعلم».

(٧) «فتح القدير» (٦/ ٢٩٣)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٩).

(٨) «الإشراف» (١/ ٢٦٥)، و«حاشية الدسوقي» (٣/ ١٧٨).

(٩) «المغني» (٤/ ١٠٤).

أحدهما: أن الجمع[(١)] باطل في الجوز والحب، وفي الشجرة والأرض قولا تفريق الصفقة.

وأصحهما: القطع بالمنع في الكل؛ للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع.

ولو باع أرضاً مبذورة مع البذر[(٢)]؛ فقد قيل: يصح البيع في البذر تبعاً للأرض، والمذهب: بطلان البيع فيه، ثم في الأرض الطريقان. ومن قال بالصحة في الأرض لا يذهب إلى التوزيع، بل يوجب جميع الثمن، بناء على أحد القولين فيما لو باع ماله ومال غيره، وصححنا البيع في ماله وخيرناه، فإنه إذا أجاز؛ يجيز بجميع الثمن. والله أعلم.

قال:

(الثاني: أن يحذرَ من الرِّبا؛ فلو باعَ الحنطةَ في سنبُلِها بحنطة؛ فهي الـمُحاقلةُ (م) المنهيُّ عنها، وهي رباً؛ إذ لا يمكنُ الكيلُ في السَّنابل، وكذا لو باعَ الرُّطبَ بالتَّمرِ أيضاً؛ فهي الـمُزابنةُ (م) المنهيُّ عنها).

نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة[(٣)]، فالمحاقلة هي: بيع الحنطة في سنبلها بالحنطة الصافية على وجه الأرض. والمزابنة هي: بيع الرطب على رأس النخل بالتمر على وجه الأرض.

---

(١) في (ز): «البيع». (م ع).

(٢) قوله: (مع البذر) سقط من (ز).

(٣) أخرجه بهذا اللفظ مسلم (٣/ ١١٧٤)، برقم (٨١) (١٥٣٦)، في البيوع باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، من حديث جابر رضي الله عنه. والبخاري مع «الفتح» (٥/ ٦٠-٦١)، برقم (٢٣٨١)، في الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل. عن جابر بلفظ: نهى النبي ﷺ عن المخابرة والمحاقلة وعن المزابنة...، وروى الحديث أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري عندهما، وأنس وابن عباس عند البخاري، وأبي هريرة عند مسلم. انظر: «نصب الراية» (٤/ ١٢-١٣).

روي عن جابر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة. فالمحاقلة: أن يبيع الرجل الزرع بمئة فرق من الحنطة. والمزابنة: أن يبيع التمر على رؤوس النخل بمئة فرق من تمر[١].

فهذا التفسير إنْ كان من النبي ﷺ؛ فذاك، وإن كان من الراوي[٢]؛ فهو أعرف بتفسير ما رواه.

والمحاقلة مأخوذة من الحقل؛ وهي الساحة التي تزرع، سمّيت محاقلةً؛ لتعلقها بزرع في حقل. والمزابنة مأخوذة من الزبن؛ وهو الدفع، سميت بذلك؛ لأنها مبنية على التخمين، والغبنُ فيها مما يكثر، فيريد المغبون دفعَه، والغابن إمضاءَه، فيتدافعان. والمعنى: أن كل واحد منهما يبيع مال الربا بجنسه من غير تحقيق[٣] المساواة في المعيار الشرعي؛ لأن المعيار فيهما الكيل. ولا يمكن كيل الحنطة في السنابل، ولا كيل الرطب على رؤوس النخل. والتخمين بالخرص لا يغني كما لو كان كل واحد منهما على وجه الأرض.

وفي المحاقلة شيئان آخران:

أحدهما: أنه بيع الحنطة والتبن بالحنطة.

---

(١) سبق تخريج أوله في الصفحة السابقة، وهذه الرواية رواها الشافعي في «مختصر المزني» ص٨١ قريباً من هذه الألفاظ، وهو تفسير عطاء، كما أخبره بذلك ابن جريج. وكذلك رواه عن الشافعي البيهقي (٥/ ٣٠٧). وذكر أيضاً عدة تعريفات للمزابنة والمحاقلة.

(٢) والظاهر في حديث مسلم (٣/ ١١٧٤)، برقم (٨٢)، أن هذا تفسير جابر رضي الله عنه. وفيه: قال عطاء: «وزعم ـ أي جابر ـ أن المزابنة: بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً. والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك، يبيع الزرعَ القائمَ بالحَبِّ كيلاً». وفي الحديث الذي بعده برقم (٨٣): أن جابراً ذكره عن رسول الله ﷺ. والله أعلم.

(٣) في (ظ): (تحقق).

والثاني: أن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه، ولو باع الشعير في سنبله بالحنطة على وجه الأرض أو الرطب على رأس النخل بجنس آخر من الثمار على الشجر أو على وجه الأرض؛ فلا بأس، لكن يتقابضان بالتسليم فيها على وجه الأرض، وبالتخلية فيها على الشجر. ولو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب؛ فلا بأس أيضاً؛ لأن الحشيش غير مطعوم.

ويجوز أن يعلم قوله: (فهي المحاقلة)، وقوله: (فهي المزابنة)، بالميم؛ لأن عن مالك[1] أن المحاقلة هي: اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرهما. والمزابنة هي: ضمان الصبرة بقدر معلوم بأن يقول: «أضمن لك صبرتك بكذا صاعاً، إن زاد فلي وإن نقص فعلي». ويستثنى عن المزابنة ما نذكره على الأثر. والله أعلم.

* * *

---

(١) انظر: «الموطأ» (٢/ ٦٢٥-٦٢٧).

قال:

(ولا خيرَ في التَّخمينِ بالخرص، إلا فيما دونَ خمسةِ أوسقٍ (ح) إذا باعَها خرصاً بما تعودُ إليه على تقديرِ الجفاف، وهي العرايا التي أرخصَ فيها رسولُ الله ﷺ[١]. والأظهر: الجوازَ في قدرِ خمسةِ أوسق. وميلُ المزنيِّ رحمه الله تعالى إلى تخصيصِ الجوازِ بما دونَ خمسةِ أوسق؛ لتردُّدِ الرّاوي فيه. فلو زادَ على خمسةِ أوسقٍ في صفَقات: جاز (ح)، وكذا إذا تعدَّدَ المشتري واتَّحدَ البائع، ولو اتَّحدَ المشتري وتعدَّدَ البائع[٢]؛ ففيه خلاف. ووجهَ الفَرق: النَّظرُ إلى جانبِ من حصَّلَ الرطب في ملكه؛ لأن الرطبَ محلُّ الـخَرصِ الذي هو خلافُ القياس. هذا في الرُّطبِ بالتَّمر. فأما في الرُّطبِ بالرُّطب؛ ففيه خلاف. وكذا في غيرِ المحاويجِ إذا تعاطَوا (ح) العرايا).

عن جابر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة؛ وهي بيع التمر[٣] بالتمر، إلا أنه رخص في العرية[٤].

---

(١) قوله: (رسول الله ﷺ) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ز): (ولو تعدد البائع واتحد المشتري).

(٣) في (ظ): (الثمر).

(٤) حديث جابر: أخرجه البخاري مع «الفتح» (٥/ ٦٠-٦١)، برقم (٢٣٨١)، في الشرب والمساقاة، بلفظ: نهى النبي ﷺ عن المخابرة والمحاقلة وعن المزابنة وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا تباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا. ومسلم (٣/ ١١٧٤)، برقم (٨١) (١٥٣٦) في البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، قريباً من لفظ البخاري عنه رضي الله عنه. وروي من غير حديث جابر رضي الله عنه بألفاظ صحيحة.

بيع العرايا جائز؛ وهو أن يبيع رُطَبَ نخلةٍ أو نخلتين باعتبار الخرص بقدر كيله من التمر. سمّيت عريةً؛ لأنه عُرِيَ، أي: أفرد نخلة أو نخلتين ببيع رطبها.

وذهب مالك[١] وأبو حنيفة[٢] إلى: أن العرية: أن يفرد نخلة أو نخلتين فيهب ثمرتها لرجل حتى تجتنى كل يوم ثم تنشرم بدخوله[٣] حائطه. فعند مالك: يشتريها منه بخرصها تمراً، ولا يجوز ذلك لغير رب البستان، وعند أبي حنيفة: له أن يستردها منه وله أن يعطيه بخرصها تمراً.

وساعدنا أحمد[٤] على تفسير[٥] العرية، إلا أن عنه رواية: أن الرطب يباع بمثله تمراً.

لنا: ما روي عن سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، إلا أنه رخص في العرية أن تباع بخرصها تمراً يأكلها أهلها رطباً[٦].

---

(١) العرايا عند مالك: هي أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه، فيشق عليه دخول الموهوب له عليه، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ. انظر: «بداية المجتهد» (٢/ ٢١٨).

(٢) العرية عند الحنفية: هي أن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل، ثم يشق على المُعْرِي دخول المعرَى له في بستانه كل يوم، لكون أهله في البستان، ولا يرضى من نفسه خُلْفَ الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه عوضَ ذلك تمراً مجذوذاً بطريق الخرص والتخمين، ليدفع ضرره عن نفسه، ولئلا يكون مخلفاً للوعد.
انظر: «المبسوط» (١٢/ ١٩٣)، و«العناية» (٦/ ٤٠٥)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٤٨).

(٣) في (ظ): (يوم فينثرم بدخوله)، قال في «لسان العرب» في مادة: ثرم: الانثرام: انكسار الثَنِيَّـة.

(٤) العرية عند الحنابلة: هي بيع الرطب على النخل خرصاً بطريق الحذر والتخمين بمثل ما يؤول إليه إذا جف كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمحتاج الرطب ولا ثمن معه. انظر: «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ١٩٧)، و«كشاف القناع» (٣/ ٢٥٨-٢٥٩)، و«الإنصاف» (٥/ ٣٩).

(٥) في (ظ): (وساعدنا في تفسير).

(٦) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٤٥٢)، برقم (٢١٩١)، في البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب أو الفضة. ومسلم (٣/ ١١٧٠)، برقم (١٥٤٠)، في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا =

ولا تجوز العرايا من غير خرص، وسبيل الخرص ما ذكرناه في الزكاة. ويجب التقابض في المجلس بتسليم التمر إلى البائع بالكيل، وتخلية البائع بينه وبين النخلة. وإن كان التمر غائباً عنهما أو كانا غائبين عن النخل، فأحضراه أو حضرا[1] عندهما؛ جاز.

ثم إن لم يظهر تفاوت بين التمر المجعول عوضاً وبين ما في الرطب من التمر بأن أكِل الرطب في الحال؛ فذاك. وإن ظهر تفاوتٌ؛ نُظِر: إن كان قدر ما يقع بين الكيلين: لم يضر، وإن كان أكثر: فالعقد باطل. وفيه وجه: أنه يصح في الكثير بقدر القليل، ولمشتري الكثير الخيار إذا لم يسلم له الجميع.

ويجوز بيع العرايا في العنب كما يجوز في الرطب. وفي سائر الثمار قولان، أصحهما: المنع؛ لأنها متفرقة مستورة بالأوراق؛ فلا يتأتى الخرص فيها، وثمرة النخيل والكروم متدلية ظاهرة.

ثم في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: في القدر الذي يجوز فيه بيع العرايا: ويجوز بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق من التمر، ولا يجوز فيما زاد عليها. وفي الخمسة قولان:

أحدهما ـ وهو منقول المزني ـ: أنه يجوز؛ لإطلاق خبر سهل بن أبي حثمة رضي الله عنه.

والثاني ـ وهو مختار المزني ـ: المنع؛ لأن النهي عن المزابنة معلوم محقق، والرخصة في قدر الخمسة مشكوك فيه؛ وذلك لأن الشافعي رضي الله عنه روى عن مالك، عن

= في العرايا. وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٣٨)، برقم (٣٢٢٤)، في البيوع، باب في بيع العرايا، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه البخاري والترمذي والنسائي»، قلت: في لفظ البخاري ومسلم: «الثمر بالتمر»، وفي لفظ أبي داود: «التمر بالتمر»، ورووه من حديث سهل رضي الله عنه قريباً من لفظ الرافعي.

(١) في (ط الفكر): (حضر).

داود بن الحصين، عن أبي سفيان مولى بن أبي أحمد، عن أبي هريرة رضي الله عنه: «أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق»، الشك من داود[١] فيستصحب المعلوم المحقق.

والقول الأول أظهر عند صاحب الكتاب، والثاني أظهر عند صاحب «التهذيب»[٢] والقاضي الروياني وغيرهما، وهو مذهب أحمد[٣].

والقدر الذي يمنع من بيع العرايا فيه، إنما يمنع في الصفقة الواحدة. أما لو باع قدراً كبيراً في صفقات؛ فلا منع. وكذا لو باع في صفقة واحدة من رجلين ما يخص كل واحد منهما القدر الجائز، خلافاً لأحمد[٤] في المسألتين.

ولو باع رجلان من واحد؛ فوجهان:

أصحهما: أن الحكم كما لو باع واحد من رجلين؛ لأن تعدد الصفقة بتعدد البائع أظهر من تعددها بتعدد المشتري، كما ذكرنا في الرد بالعيب.

والثاني ـ وبه قال صاحب «التلخيص» ـ: لا يجوز الزيادة على خمسة أوسق نظراً إلى مشتري الرطب؛ لأنه محل الخرص الذي هو خلاف قياس الربويات؛ فلا ينبغي أن يدخل في ملكه أكثر من القدر المحتمل دفعة واحدة.

---

(١) رواه المزني في «المختصر» ص٨١، في باب العرايا. ومسلم (٣/ ١١٧١) برقم (١٥٤١)، في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا، بلفظ: أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة ـ يشك داود قال: خمسة أو دون خمسة ـ قال: نعم، عن عبد الله بن سلمة، عن مالك من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٤٠٢).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٥٩)، و«المغني» (٤/ ٦٦).

(٤) ومذهب أحمد في المسألتين السابقتين: الجواز وفاقاً للشافعي.
انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢٥٩).

ولو باع رجلان من رجلين صفقة واحدة: لم يجز في أكثر من عشرة أوسق، ويجوز فيما دونها. وفي العشرة قولان[١].

الثانية: جميع ما ذكرناه في بيع الرطب بالتمر. أما لو باع الرطب على النخيل بالرطب على النخيل خرصاً فيهما، أو بالرطب على وجه الأرض كيلاً فيه؛ ففي جوازه أوجه:

أصحها ـ وبه قال الإصطخري ـ: لا يجوز؛ لأن الرخصة إنما تثبت للحاجة إلى تحصيل الرطب، ومالك الرطب مستغنٍ عنه أو حاجته إليه أدنى؛ فلا يلحق بصورة الرخصة.

والثاني ـ وبه قال ابن خيران ـ: أنه يجوز؛ لأنه ربما يشتهي ما عند غيره.

والثالث: أنه إن اختلف النوعان: جاز، وإلا: فلا. ويحكى هذا عن أبي إسحاق[٢].

وحكى الشيخ أبو حامد[٣] وآخرون عنه: تخصيص هذا التفصيل بما إذا كان على النخيل، والمنع فيما إذا كان أحدهما على وجه الأرض. والفرق: أنه قد يريد[٤] النوع الذي عند صاحبه ويريد أن يأكله رطباً على التدريج، وما على وجه الأرض لا يمكن أن يؤكل رطباً على التدريج؛ لأنه يفسد أو يجف[٥].

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٦٣): «قلت: وسواء في هذه الصور كانت العقود في مجلس أو مجالس، حتى لو باع رجل لرجل ألف وسق في مجلس واحد بصفقات كل واحدة دون خمسة أوسق: جاز. والله أعلم».

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٣٤).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ١٨٩-١٩٠).

(٤) في (ط الفكر): (يزيد).

(٥) في (ظ): (لا يجف).

ولو باع الرطب على وجه الأرض بالرطب على وجه الأرض: لم يجز؛ لأنه ليس في معنى صورة الرخصة من حيث إن أحد المعاني فيها أن يأكله طريّاً على التدريج، وهذا لا يتحقق فيما على وجه الأرض.

وذكر القفال في «شرح التلخيص»: أنه على الخلاف؛ لأنه إذا جاز البيع وأحدهما أو كلاهما على رأس النخل خرصاً واحتملت الجهالة[1]؛ فلأَنْ يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين[2] كان أولى.

الثالثة: فيمن يجوز له بيع العرايا: ويجوز ذلك لمحاويج الناس، وفي أغنيائهم قولان:

أصحهما: الجواز؛ لإطلاق الألفاظ التي رويناها.

والثاني: لا يجوز، ذكَرَه في «اختلاف الحديث»، وبه قال أحمد[3] والمزني؛ لما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه: أنه سمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه مع الناس، وعندهم فضول قوتهم من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر[4].

---

(١) أي: جهالة الخرص.

(٢) أي: بالمساواة.

(٣) وعلل الحنابلة جوازه، لحاجة المحتاجين التفكه بالرطب.
انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢٥٨)، وهذا يشعر عدم جوازه في الأغنياء عند الحنابلة.

(٤) رواه الشافعي عن محمود بن لبيد، في الأم (٣/ ٥٤)، قال الحافظ الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٤): «لم أجد له سنداً بعد الفحص البالغ، ولكن الشافعي ذكره في كتابه في باب بيع العرايا من غير إسناد». وقال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٠): «قال ابن حزم: لم يذكر الشافعي له إسناداً، فبطل أن يكون فيه حجة». وقال الماوردي: «لم يسنده الشافعي، لأنه نقله من السير».

ومن قال بالأول[١]، قال: هذه حكمة شرعية، ثم قد يعم الحكم كما في الرمل[٢] والاضطباع في الطواف ونظائرهما.

ومنهم من بنى الخلاف في هذه المسائل على أن الخرص أصل بنفسه يقام مقام الكيل، أو ليس كذلك، ويتبع مورد النص؟ والله أعلم.

قال:

(وإذا اجتاحت[٣] الآفةُ الثِّمارَ قبلَ القطافِ وبعدَ التَّخلية؛ فهي من ضمانِ البائع؛ على أحدِ القولَين. وميلُ الجديد إلى أنه ليسَ من ضمانِه (م)، وما فاتَ بآفةِ السَّرقة: ليسَ من ضمانِه؛ على الأصحّ. ويجبُ على البائعِ أن يسقيَ الأشجارَ لتربيةِ الثمار. فإن تركَ السَّقيَ ففَسدتِ الثمار؛ فهي من ضمانِه. فإن لم تفسُد بل[٤] فاتَت؛ ففي انفساخِ العقدِ خلاف، كما في موتِ العبدِ المقبوضِ بمرضٍ تقدَّمَ على القَبض).

الكلام من هذا الموضع إلى رأس النظر الخامس في أحكام الثمار المبيعة على رؤوس الأشجار وما يعرض لها، فمِن العوارض: الجوائحُ[٥]، كالحر والبرد والجراد والحريق ونحوها.

---

(١) أي: بجريان بيع العرايا في الأغنياء وعدم اختصاصها بالفقراء.

(٢) وكانت الحكمة في الرمل: ليرُي المؤمنون جَلَدَهم للمشركين، ثم زال المعنى الذي شرع السعي لأجله، لكن بقيت وعمت مشروعيته، ليتذكر المسلمون نعمة الله على إعزاز الإسلام وأهله. انظر: «مغني المحتاج» (١/ ٤٩٠).

(٣) في (ز): (اجتيحت).

(٤) قوله: (لم تفسد بل) سقط من (ز).

(٥) الجائحة: الآفة، جَاحَتِ الآفَةُ المالَ تجوحُهُ جَوْحاً، من باب قال، إذا أهلكته، ومثله: اجْتَاحَت المال. «المصباح المنير»، مادة: جوح.

وقد قدّم إمام الحرمين على بيان حكمها[١] أصلين، لا غنى عن معرفتهما، وينفعان في أثناء المسألة:

أحدهما: أنه إذا باع الثمار بعد بدو الصلاح؛ يلزمه سقي الأشجار قبل التخلية وبعدها قدر ما ينمو به الثمار، ويَسلم عن التلف والفساد. واحتج له بأن التسليم واجبٌ عليه. والسقي من تتمة التسليم، كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات؛ فيكون على البائع. فلو شرط كونه على المشتري؛ بطل العقد؛ لأنه على خلاف قضيته.

والثاني: أن المشتري يتسلط على التصرف في الثمار بعد جريان التخلية من كل وجه[٢].

إذا تقرر ذلك، فللجوائح حالتان:

إحداهما: أن تعرض قبل التخلية؛ فهي من ضمان البائع، فإن تلف جميع الثمار: انفسخ العقد. ولو تلف بعضها انفسخ فيه، وفي الباقي قولا التفريق.

والثانية: أن تعرض بعد التخلية؛ فيُنظر: إن باعها بعد بدو الصلاح؛ فقولان[٣]:

أحدهما: أن الجوائح من ضمان البائع، وبه قال أحمد[٤]؛ لما روي: أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح[٥].

---

(١) في (ظ): (حكمهما).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٥٨).

(٣) في (ط الفكر): (ففيه طرق، وأحدها فيه قولان).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٥).

(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩١)، برقم (١٥٥٤)، في المساقاة، باب وضع الجوائح، بهذا اللفظ عن جابر رضي الله عنه. وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٤٤-٤٥)، برقم (٣٢٣٥)، في البيوع، باب في بيع السنين عن جابر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين، ووَضَعَ الجوائح. وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرج النسائي الفصلين مفترقين».

وأصحهما - وهو الجديد، وبه قال أبو حنيفة[١] -: أنها من ضمان المشتري؛ لأن القبض حصل بالتخلية؛ فصار كما لو هلك بعد القطاف. والخبر محمول على الاستحباب، ويُشعِرُ به ما رُوي: أن رجلاً ابتاع ثمرة فأذهبتها الجائحة، فسأله أن يضع عنه فآلى[٢] أن لا يفعل، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ[٣]، فقال: «تَأَلَّى[٤] أن لا يفعل خيراً؟!» فأُخبر البائع بما ذكره رسول الله ﷺ، فسمح به للمبتاع[٥]. وتأيد القول الأول بالأصل الأول، والثاني بالثاني.

ولا فرق على القولين بين أن يقل أو يكثر. وقال مالك[٦]: يوضع الثلث فصاعداً، ولا يوضع ما دونه.

---

(١) «رد المحتار» (٤/ ٤٦)، و«الاختيار» (٢/ ٣٨).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (فأبى).

(٣) في (ز): (وسلم فسمح به للمبتاع).

(٤) في (ط الفكر): (يَأْبى).

(٥) أخرج مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٢١)، في البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزرع، بإسناده عن عمرة تقول: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل ربَّ الحائط أن يضع له أو أن يُقيله. فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له. فقال رسول الله ﷺ: «تَأَلَّى أن لا يفعل خيراً؟!». فسمع بذلك ربُّ الحائط، فأَتى رسولَ الله ﷺ فقال: يا رسول الله! هو له.

وروى الشافعي في «الأم» (٣/ ٥٦-٥٧) ما يشبه هذا عن مالك مرسلاً، عن عمرة، وقال: «حديث مالك عن عمرة مرسل، وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسلاً». قلت: وصله البخاري مع «الفتح» (٥/ ٣٦٢)، برقم (٢٧٠٥)، في الصلح، باب هل يشير الإمام بالصلح، عن عمرة عن عائشة رضي الله عنهما. ومسلم (٣/ ١١٩١)، برقم (١٥٥٧)، في المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين. ورواه البيهقي موصولاً (٥/ ٣٠٥)، في البيوع، باب من قال: لا توضع الجائحة، عن عائشة، ثم ضعفه. قلت: أظن أن الرافعي رواه بمعناه.

(٦) قال مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٢١): «والجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعداً، ولا يكون ما دون ذلك جائحة».

وإن باع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط القطع ولم يقطعها حتى أضاعتها الجائحة؛ ففيه ثلاثة طرق:

أظهرها: أنه على القولين.

والثاني: أنها من ضمان المشتري قولاً واحداً؛ لتفريطه بترك القطع، وأيضاً: فلأنه لا علقة بينهما؛ إذ لا يجب السقي على البائع والحالة هذه. ويحكى هذا عن القفال.

والثالث: أنها من ضمان البائع قولاً واحداً؛ لأنه إذا شرط القطع كان القبض فيه بالقطع[١] والنقل.

ويتفرع على كونها من ضمان البائع أمور:

الأول: أن المحكوم بكونه من ضمان البائع ما تلف قبل أوان الجذاذ، أما ما تلف بعد أوان الجذاذ وإمكان النقل؛ ففيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أنها من ضمان المشتري؛ لتقصيره بالترك.

والثاني: من ضمان البائع أيضاً؛ لأن التسليم لا يتم ما دامت الثمار متصلة بملك البائع، ويشبه أن يكون الأول أرجح. قال الإمام: وموضع الخلاف ما إذا لم يكن التأخير بحيث يعد تقصيراً وتضييعاً، كاليوم واليومين. فإن كان كذلك؛ فلا مساغ للخلاف[٢].

الثاني: لو تلف بعض الثمار؛ فالحكم على هذا القول كما لو تلف قبل التخلية، ولو عابت الثمار؛ فالحكم على هذا القول كما لو تلف قبل التخلية[٣]، ولو عابت الثمار

---

(١) لأنها تلفت قبل القبض.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٦٠).

(٣) من قوله: (ولو عابت) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).

بالجوائح ولم تتلف؛ ثبت الخيار على هذا القول كما لو عابت قبل التخلية، وعلى الجديد: لا يثبت.

الثالث: لو ضاعت الثمار بغصب أو سرقة؛ فوجهان:

أحدهما: أنها من ضمان البائع أيضاً؛ بناء على أن التسليم لا يتم إلا بالتخلية.

والثاني: أنها من ضمـان المشتري؛ لتمكنه من الاحتراز عنه بنصب الحافظين. وأيضاً فإن الرجوع على الجاني بالضمان متيسر. وهذا أصح عند صاحب الكتاب والأكثرين. فمن يقول به يقطع بأن المغصوب والمسروق من ضمان المشتري. والقائل الأول يجعلهما على القولين، وهو ما أورده العراقيون(١).

واعلم أن ما ذكرناه من القولين في الآفات السماوية التي لا نسبة لها إلى البائع بحال. فأما إذا ترك السقي وعرضت في الثمار آفة بسبب العطش؛ فنتكلم أولاً فيما إذا تلفت به، ثم فيما إذا تعيبت، وإن كان ترتيب الكتاب عكسه:

أما إذا تلفت؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أن في انفساخ البيع قولين أيضاً، يحكى هذا عن أبي علي الطبري.

وأصحهما: القطع بالانفساخ، لاستناد هذه الآفة إلى ترك السقي المستحق بالعقد قبل التخلية، وما يستند إلى سبب سابق على القبض قد ينزل منزلة ما لو سبق بنفسه،

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٦٥): «قلت: إذا قلنا بالقديم فاختلفا في الفائت بالجائحة، فقال البائع: ربع الثمرة. وقال المشتري: نصفها، فالقول قول البائع، لأن الأصل براءة ذمته، وعدم الهلاك. قال في «التتمة»: لو اختلفا في وقوع الجائحة، فالغالب أنها لا تخفى. فإن لم تعرف أصلاً، فالقول قول البائع بلا يمين. وإن عرف وقوعها عامّاً، فالقول قول المشتري بلا يمين. وإن أصابت قوماً دون قوم، فالقول قول البائع بيمينه، لأن الأصل عدم الهلاك ولزوم الثمن. والله أعلم».

كما ذكرنا في القتل بالردة السابقة والقطع بالسرقة السابقة وموت العبد من المرض المتقدم على القبض.

فإن قلنا بعدم الانفساخ؛ فعلى البائع الضمان من القيمة أو المثل، وإنما يجب ضمان ما تلف، ولا ينظر إلى ما كان ينتهي إليه لولا العارض.

وأما إذا فسدت بالتعيب؛ فللمشتري الخيار. وإن جعلنا الجوائح من ضمانه؛ قال الإمام: لأن الشرع ألزم البائع بتنمية الثمار بالسقي، فالتعيب الحادث بترك السقي كالعيب المتقدم على القبض. ولو أفضى التعيب إلى التلف؛ نُظِر: إن لم يشعر به المشتري حتى تلف: عاد الخلاف في الانفساخ، ولزم الضمان على البائع إن قلنا بعدم الانفساخ ولا خيار بعد التلف، هكذا ذكره الإمام، وإن شعر به ولم يفسخ حتى تلفت[1]؛ فيغرم البائع في وجهٍ؛ لعُدْوانه[2].

ولا يغرم في آخر؛ لتقصير المشتري بترك الفسخ مع القدرة عليه.

فرع: لو باع الثمار مع الأشجار فتلفت الثمار بجائحة قبل التخلية: بطل العقد فيها، وفي الأشجار قولان. وإن تلفت بعد التخلية؛ فهي من ضمان المشتري قولاً واحداً[3]؛ لأن العلائق منقطعة هاهنا، والثمرة متصلة بملك المشتري.

فرع آخر: لو اشترى طعاماً مكايلة وقبضه جزافاً فهلك في يده؛ ففي انفساخ العقد وجهان؛ لبقاء علقة الكيل بينهما. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (تلف).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٦١-١٦٢).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٦٦): «قلت: ولو كانت الثمرة لرجل والشجرة لآخر فباعها لصاحب الشجرة وخلى بينهما ثم تلفت، فمن ضمان المشتري بلا خلاف؛ لانقطاع العلائق. والله أعلم».

قال:

(وإن باعَ القِثّاءَ أو ما يغلبُ عليه التَّلاحقُ وعُسرُ التسليم: بطل على الأصحّ. فإن كانَ نادراً واتَّفقَ ذلك قبلَ القَبض: انفسخَ العقدُ (ز) على قول، ولعلَّ الأظهَر: أنه لا يَنفسخ. ولكن للمشتري الخيارُ (و) إن لم يهبِ البائعَ ما تجدَّدَ منه. فإن وَهب: سقطَ خيارُه (و)، وإن كانَ ذلكَ بعدَ التَّخلية؛ فإن قلنا: إن الجوائحَ من ضمانِه؛ فهو كما قبلَ التَّخلية).

ومن العوارض: اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لتلاحقها. أما الاختلاط الذي يبقى معه التمييز فلا اعتبار به. وأما غيره: فإذا باع الثمرة بعد بدو الصلاح والشجر يثمر في السنة مرتين؛ فيُنظر: إن كان ذلك مما يغلب التلاحق فيه، وعلم أن الحمل الثاني يختلط بالأول، كالتين والبطيخ والقثاء والباذنجان؛ لم يصح البيع، إلا بشرط أن يقطع المشتري ثمرته عند خوف الاختلاط. وفيه قول، أو وجه: أنه موقوف: إن سمح البائع بما حدث: تبين انعقاد البيع، وإلا: تبين أنه لم ينعقد من أصله. والأصح: الأول؛ لما مر في بيع البطيخ.

ثم إذا شرط القطع ولم يتفق حتى حصل التلاحق والاختلاط؛ فالحكم كما لو اتفق التلاحق فيما يندر فيه التلاحق. فإن كان مما يندر فيه التلاحق وعلم عدم الاختلاط أو لم يعلم أنه كيف يكون الحال؛ فيصح البيع مطلقاً وبشرط القطع والتبقية.

وإن حصل الاختلاط؛ فله حالتان:

إحداهما: أن يحصل قبل التخلية؛ فقولان:

أحدهما: أنه ينفسخ البيع؛ لتعذر تسليم المبيع قبل القبض.

وأظهرهما ـ على ما رآه[١] المصنف، وهو اختيار المزني ـ: أنه لا ينفسخ؛ لبقاء عين المبيع وإمكان إمضاء البيع. فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار؛ لأنه أعظم من إباق العبد المبيع. وعن صاحب «التقريب» حكاية قول: أنه لا خيار أيضاً، وأن الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده. والمذهب الأول.

ثم إن قال البائع: «أسمح بترك الثمرة الجديدة للمشتري»؛ ففي سقوط خياره وجهان:

أحدهما: لا يسقط؛ لما في قبوله[٢] من المنة.

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يسقط، كما سبق في الإعراض عن نعل الدابة المردودة بالعيب.

ولو باع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط؛ جرى القولان في الانفساخ. وهما جاريان فيما إذا باع حنطة فانهال[٣] عليها مثلها قبل القبض، وكذا في المائعات.

ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعة بأمثالها؛ فقد قال في «التتمة»: المذهب هاهنا انفساخ البيع؛ لأنه يورث الاشتباه، وأنه مانع من صحة البيع لو فرض في الابتداء، وفي الحنطة غاية ما يلزم الإشاعة، وأنها غير مانعة. وفيه وجه: أنه لا ينفسخ؛ لإمكان تسليمه بتسليم الكل.

ولو باع جَزَّةً من القَتّ[٤] بشرط القطع ولم يقطعها حتى طالت وتعذر

---

(١) في (ظ): (ما رواه).

(٢) في (ط الفكر): (قوله).

(٣) أي: انصَبَّ: يقال: هال هَيْلًا من باب ضرب: صبَّ. «المصباح المنير»، مادة: هيل.

(٤) كذا في «الروضة» (٣/ ٥٦٧). ومعنى الجَزُّ: القطع، كما في «المصباح المنير» في مادة: جزز، ومعنى القَتِّ:=

التمييز؛ جرى القولان. ومنهم من قطع بعدم الانفساخ هاهنا؛ تشبيهاً لطولها بكبر الثمرة والشجرة وسمن الحيوان. وهو ضعيف؛ لأن البائع يجبر على تسليم الأشياء المذكورة بزيادتها، وهاهنا لا يجبر على تسليم ما زاد.

والثانية: أن يحصل[١] بعد التخلية؛ ففيه طريقان:

أحدهما ـ وبه قال المزني ـ: القطع بعدم الانفساخ، كما لو كان المبيع حنطة فانهالت عليها حنطة أخرى بعد القبض.

والثاني: أنه على القولين في الحالة الأولى بخلاف مسألة الحنطة؛ لأن هناك قد تم التسليم وانقطعت العلائق بينهما، وفي الثمار لم تنقطع العلائق؛ لأن البائع يدخل الحائط للسقي وتعهد النخيل وغير ذلك. ويمكن بناء[٢] الطريقين على ما ذكره الإمام وصاحب الكتاب؛ وهو: أن حكم المسألة مأخوذ من الخلاف في الجوائح؛ إن جعلناها من ضمان المشتري؛ أجبنا بالطريقة الأولى، وإن جعلناها من ضمان البائع؛ أجبنا بالثانية، إلا أن قضية هذا البناء أن يكون القطع بعدم الانفساخ أظهر[٣]. وعامة الأصحاب على ترجيح طريقة القولين.

وإذا قلنا بعدم الانفساخ، فإن تصالحا وتوافقا على شيء؛ فذاك، وإلا؛ فالقول قول صاحب اليد في قدر حق الآخر. ومَنْ صاحب اليد في صورة الثمار؟ فيه وجهان؛ بناءً على أن الجوائح من ضمان البائع أو[٤] المشتري.

= الفصفصة إذا يبست. وقال الأزهري: القَتُّ: حَبٌّ بريٌّ لا يُنْبِتُه الآدميّ، فإذا كان عام قحطٍ وفَقَدَ أهل البادية ما يقتاتون به من لبن وتمر ونحوه دَقّوه وطبخوه واجتَـزَؤُوا به على ما فيه من الخشونة. انظر: «المصباح المنير»، مادة: قتت.

(١) أي: الاختلاط.

(٢) في (ظ): (وتعهد النخيل وغيرهما ولكن بناء).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ١٦٩).

(٤) في (ط الفكر): (و).

ووجه ثالث: وهو أنها في يدهما جميعاً. وفي صورة الحنطة صاحب اليد هو المشتري؛ فالقول قوله في قدر حق البائع. فإن كان المشتري قد أودعه الحنطة بعد القبض ثم حصل الاختلاط؛ فالقول قول البائع في قدر حق المُشْتَرى. والله أعلم.

وإذا تأملت ما ذكرناه أعلمت[١] قوله في الكتاب: (انفسخ البيع)، بالزاي، وقوله: (للمشتري الخيار)، بالواو، وكذا قوله: (سقط خياره).

ثم هاهنا مسألة أخرى لا بد من ذكرها؛ وهي: أن يبيع شجرة عليها ثمرة تبقى للبائع وهي مما[٢] تثمر في السنة مرتين، ويغلب عليها التلاحق؛ فلا يصح البيع[٣] إلا بشرط أن يقطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط. ويجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا كان المبيع الثمرةَ.

ثم إذا تبايعا بهذا الشرط ولم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط، أو كانت الشجرة مما يندر فيها التلاحق و[٤]الاختلاط، فاتفق ذلك[٥]؛ نقل[٦] المزني قولين في الانفساخ.

وللأصحاب طريقان:

فعن أبي[٧] علي ابن خيران والطبري[٨]: القطع بعدم الانفساخ، وتخطئة المزني

(١) في (ط الفكر): (علمت).
(٢) في (ظ): (ما).
(٣) سقط من (ز).
(٤) في الأصل: (أو).
(٥) أي: وقوعه.
(٦) في (ظ): (ذكر).
(٧) في (ز): (أبوي).
(٨) أي: أبو علي الطبري صاحب «الإفصاح».

فيما نقل؛ لأن الاختلاط وتعذر التسليم لم يوجد في المبيع بخلاف ما إذا كان المبيع الثمار.

وأثبت الأكثرون القولين، ونقلوهما عن نصه في «الأم»[١]، وقالوا: الاختلاط وإن لم يوجد في المبيع لكنه وُجِد في المقصود بالعقد؛ وهو الثمرة الحادثة فإنها مقصود المشتري من الشراء؛ فجاز أن يجعل كالمبيع.

فإن قلنا بعدم الانفساخ؛ نُظِر: إن سمح البائع بترك الثمرة القديمة: أُجْبِر المشتري على القبول، وإن رضي المشتري بترك الثمرة الحادثة: أجبر البائع على القبول[٢] وأقر العقد. ويشبه أن يجيء في الإجبار على القبول خلافٌ.

وإن استمرا[٣] على النزاع؛ فالمثبتون للقولين قالوا: انفسخ العقدُ بينهما كما لو كان المبيع الثمرة.

والقاطعون قالوا: لا فسخ، بل إن كانت الثمرةُ والشجرةُ في يد البائع؛ فالقول قوله في قدر ما يستحقه المشتري مع يمينه.

وإن كانتا في يد المشتري؛ فالقول قوله في قدر ما يستحقه البائع. قال صاحب «التهذيب»[٤]: وهذا هو القياس؛ لأن الفسخ لا يفيد رفع النزاع؛ لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري.

وإن قلنا بالانفساخ: استرد المشتري الثمن، ورد الشجرة مع جميع الثمار. ذكره صاحب «التتمة». والله أعلم.

---

(١) «الأم» للشافعي (٣/ ٦٥).

(٢) من قوله: (وإن رضي) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (استمر).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٣٨٥).

قال[١] حجة الإسلام رحمة الله عليه:

(النَّظرُ الخامسُ من كتابِ البَيع: في مداينةِ العبيدِ والتَّحالف.

وفيه بابان: البابُ الأول: في معاملةِ العبيد. والنظر في المأذونِ له في التِّجارةِ وغيرِه؛ أما المأذون: فالنَّظرُ فيما يجوزُ له، وفي العُهدةِ وفيما[٢] يقضي منه ديونَه. أما ما يجوزُ له: فكلُّ ما يندرجُ تحتَ اسمِ التِّجارة أو كانَ من لوازمِه. فلا ينكحُ ولا يؤاجرُ (ح) نفسَه، ولا يتعدى (ح) النَّوعَ الذي رُسِمَ له الاتِّجارَ فيه. ولا يأذنُ (ح) لعبيدِه في التِّجارةِ إلا بتوكيلٍ معيَّن. ولا يَتَّخذُ الدعوةَ للمُجهزِين. ولا يعاملُ سيِّدَه (ح)، ولا يَتصـرَّفُ (ح) فيما اكتسبَ باحتطابٍ واصطيادٍ واتِّهاب، ثم لا ينعزلُ (ح) بالإباق. ولا يَستفيدُ (ح) الإذنَ بالسُّكوت، وإذا رَكِبَتْهُ الدُّيون؛ لم يَزُل (ح) ملكُ سيِّده عما في يدِه، ويُقبلُ إقرارُه (ح) بالدَّينِ لأبيه وابنه).

أوضحنا في أول كتاب البيع: أن كلام هذا النظر في مداينة العبيد، واختلاف المتبايعين، فهما[٣] بابان: الأول: في مداينتهم. والمراد من المداينة الاستقراض والشراء بالنسبة[٤]، وليس الباب مقصوراً على بيان ذلك، بل هو وافٍ بأحكام سائر معاملاتهم، لكنهم تبركوا بترجمة الشافعي رضي الله عنه، والعبد إما مأذون في التجارة أو غيره.

---

(١) في (ز): (قال حجة الإسلام رحمة الله عليه).

(٢) في (ز): (وما).

(٣) في (ط الفكر) و(ظ): (وفيها).

(٤) في (ط الفكر): (بالتسمية).

القسم الأول: المأذون في التجارة؛ والكلام فيه يقع في ثلاثة أمور:

أحدها: فيما يجوز له من التصرفات وما لا يجوز.

وثانيها: في أن الطلبة في الديون الواجبة بمعاملاته[١] على من تتوجه؟

وثالثها: في أنها من أين تؤدى؟

أما الأول: فاعلم أنه يجوز للسيد أن يأذن لعبده في التجارة وفي سائر التصرفات، كالبيع والشراء إجماعاً[٢]. ولأنه صحيحُ العبارةِ، ومَنْعُهُ من التصرف لحق السيد، فإذا أمره به فقد ارتفع المانع. ويستفيد المأذون في التجارة[٣] بهذا الإذن، كلَّ ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها، كالنشر والطي وحمل المتاع إلى الحانوت والرد بالعيب والمخاصمة في العهدة ونحوها. ولا يستفيد به غير ذلك. وهذا القول الجملي، وتفصيله بصور[٤]:

منها: ليس للمأذون في التجارة أن يَنكح، كما أنه ليس للمأذون في النكاح أن يتَّجر؛ لأن كل واحد[٥] منهما غير متناول باسم الآخر.

ومنها: ليس له أن يؤاجر نفسه؛ لأنه لا يملك التصرف في رقبته، فكذلك في منفعته. وعن الحليمي[٦] حكاية وجه: أنه يملك ذلك، وهو قول أبي حنيفة[٧]. وهل له إيجار أموال التجارة كالعبيد والدواب؟ فيه وجهان:

---

(١) في (ز): (بمعاملته).

(٢) من قوله: (فاعلم أنه) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) قوله: (في التجارة) سقط من (ز).

(٤) في الأصل: (الجملي تفصله صور).

(٥) في (ز): (لأن كلاًّ منهما).

(٦) في (ظ): (القاضي).

(٧) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٧).

أحدهما: لا، كما لا يؤاجر نفسه.

وأصحهما: نعم؛ لأن التجار قد يعتادون ذلك. ولأن المنفعة من فوائد المال؛ فيملك العقد عليها، كالصوف واللبن.

ومنها: لو أذن له السيد في التجارة في نوع من المال، لا يصير مأذوناً في سائر الأنواع. وكذا لو أذن له في التجارة شهراً أو سنة لم يكن مأذوناً بعد تلك المدة، خلافاً[١] لأبي حنيفة[٢] فيهما. وسلم أنه لو دفع ألفاً ليشتري به شيئاً لا يصير مأذوناً في التجارة.

ولو دفع إليه ألفاً وقال: «اتجر فيه»؛ فله أن يشتري بعين ما دفع إليه وبقدره في ذمته ولا يزيد عليه. ولو قال: «اجعله رأس مالك وتصرف واتجر»؛ فله أن يشتري بأكثر من القدر المدفوع إليه.

ومنها: ليس للمأذون في التجارة أن يأذن لعبده في التجارة، خلافاً لأبي حنيفة[٣]. ولو أذن له السيد في ذلك ففعل: جاز، ثم ينعزل مأذون المأذون بعزل السيد، سواء انتزعه من يد المأذون أو لم ينتزعه، خلافاً لأبي حنيفة[٤] فيما إذا لم ينتزعه.

وهل له أن يوكل عبده في آحاد التصرفات؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ عند الإمام[٥]، وهو الذي أورده في الكتاب ـ: نعم؛ لأنها تصدر عن نظره، وإنما الممتنع أن يقيم غيره مقام نفسه.

---

(١) في (ز): (بعد ذلك خلافاً).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٥).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٨).

(٤) قال في «رد المحتار» (٥/ ١٠٠): «فإذا أجاز ما صنع العبد ولم يسترده، نفذ عليه ذلك، وصار مأذوناً فيه، وفيما بعده، لأن الإجازة اللاحقة كالسابقة».

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٧٨).

والثاني: لا؛ لأن السيد لم يرض بتصرف غيره، وهذا قضية[١] ما أورده في «التهذيب»[٢].

ومنها: لا يتخذ الدعوة للمجهزين ولا يتصدق ولا ينفق على نفسه من مال التجارة؛ لأنه ملك السيد. وعند أبي حنيفة[٣] له ذلك.

ومنها: لا يعامل سيِّده بيعاً وشراءً؛ لأن تصرفه لسيده، بخلاف المكاتب يتصرف لنفسه. وقال أبو حنيفة[٤]: له أن يعامل سيده، وربما قيد ذلك بما إذا ركبته الديون.

ومنها: ما اكتسبه المأذون من الاحتطاب والاصطياد والاتهاب وقبول الوصية والأخذ من المعدن، هل ينضم إلى مال التجارة حتى يتصرف فيه؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ وهو الذي أورده الفوراني[٥]، والإمام[٦]، وصاحب الكتاب ـ: لا؛

---

(١) أي: مقتضى.

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٥٦). وقال في «الروضة» (٣/ ٥٦٩): «قلت: وليس له أن يوكل أجنبياً كالوكيل لا يوكل بخلاف المكاتب. لأنه يتصرف لنفسه. والله أعلم».

(٣) وعند أبي حنيفة رحمه الله، له أن يهدي طعاماً يسيراً بما لا يعد سرفاً ويضيف من يطعمه ويتخذ الضيافة اليسيرة بقدر ماله، قال أبو يوسف: لا بأس للرجل أن يجيب دعوة العبد المحجور عليه. وقال ابن عابدين: والمأذون بالأولى. انظر: «رد المحتار» (٥/ ١٠٢-١٠٣).

(٤) يصح بيع المأذون من سيده بمثل القيمة أو أكثر لا بأقل. كما يصح بيع سيده منه بمثل القيمة ولا يصح بأقل منها.
انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٥١-٤٥٢).

(٥) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن محمد المروزي الفُوْراني الشافعي المتوفى سنة (٤٦١هـ)، كان تلميذ القفال. صنف «الإبانة» و«العمدة»، وشرح تلميذه المتولي «الإبانة» وأتمها وسماه «التتمة». وشنع عليه الجويني والروياني. انظر: «تهذيب الأسماء واللغات» (٢/ ٢٨٠-٢٨١)، و«طبقات الشافعية» للإسنوي برقم (٨٧٠).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٧٨).

لأنه لم يحصل بجهة التجارة، ولا سلمه السيد[١] إليه ليكون رأس المال.

والثاني: نعم؛ لأنه من جملة اكتسابه. وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[٢].

ومنها: العبد المأذون لا ينعزل بالإباق، بل له التصرف في البلد الذي خرج إليه إلا إذا خص السيد الإذن بهذا البلد[٣]. وقال أبو حنيفة[٤]: يصير محجوراً عليه.

لنا: أن الإباق عصيان، فلا يوجب الحجر، كما لو عصى السيد من وجه آخر.

ولو أذن لجاريته في التجارة ثم استولدها؛ ففيه هذا الخلاف[٥]، ولا خلاف في أن له أن يأذن لمستولدته في التجارة.

ومنها: إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت عنه؛ لم يصر مأذوناً له في التجارة، خلافاً لأبي حنيفة[٦].

لنا: القياس على ما لو رآه ينكح فسكت عليه؛ لا يكون سكوته إذناً في النكاح.

ومنها: إذا ركبته الديون؛ لم يزل ملك سيده عما في يده، فلو تصرف فيه ببيع أو هبة أو إعتاق بإذن المأذون والغرماء: جاز. ويكون الدين في ذمة العبد. وإن أذن العبدُ

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (لسيده).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٥٥).

(٣) قال في «الروضة» (٣/ ٥٧٠): «قلت: وفي «التتمة» وجه ضعيف: أنه لا يصح تصرفه في الغيبة. والله أعلم».

(٤) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٥٠).

(٥) أي: لم تنعزل على الصحيح عند الشافعية، وقال أبو حنيفة: «تنحجر الأمة المأذونة إن استولدها سيدها». كما في «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٥١).

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٦).

دون الغرماء: لم يجز. وإنْ أذن الغرماء دون العبد؛ فوجهان[١]. وعن أبي حنيفة[٢]: أنه إذا ركبته الديون يزول ملك سيده[٣] عما في يده، ولا يدخل في ملك الغرماء.

ومنها: إقرار المأذون بديون المعاملة مقبول، على ما سيأتي في باب الإقرار. ولا فرق بين أن يقر بها لأجنبي أو لابنه أو أبيه[٤]. وقال أبو حنيفة[٥]: لا يقبل إقراره لهما. وهذا الخلاف كالخلاف في إقرار المريض لوارثه. وأما إقرار المأذون لغير[٦] دين المعاملة، وإقرار غير المأذون؛ فالكلام فيهما، منه ما هو مذكور في الإقرار، ومنه ما هو مذكور في السرقة، وسينتهي الشرح إليهما، إن شاء الله تعالى.

قال:

(ولا يُكتفى بقولِه (ح): إني مأذون، بل لا بدَّ من سماعٍ من السَّيِّدِ أو بيِّنةٍ عادلة. ويُكتفى بالشُّيوع؛ على أحدِ الوجهَين. ويُكتفى بقولِه في الـحَجر).

مَنْ عامل المأذون وهو لا يَعرف رقه؛ فتصرُّفُه صحيحٌ، ولا يشترط علمه بحاله. ذكره في «النهاية»[٧]. ومَن عُرِف رقه: لم يجز له أن يعامله حتى يعرف إذن السيد، ولا

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٧٠): «قلت: أصحهما: لا يجوز. وصححه البغوي، لأن الدين يتعلق بذمة العبد ولم يرض. والله أعلم».

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٥١).

(٣) في (ظ): (السيد).

(٤) في (ط الفكر): (ابنته).

(٥) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٧): «وإذا أقرّ لزوجته ووالده وولده بطل عند الإمام ـ أبي حنيفة ـ خلافاً لهما ـ أي لأبي يوسف ومحمد رحمهم الله ـ».

(٦) في (ظ): (بعين).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٧٩-٤٨٠).

يكفي قول العبد: «أنا مأذون»؛ لأن الأصل عدم إذن المستحق، فأشبه ما إذا زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون.

وقال أبو حنيفة[١]: يكفي قول العبد، كما يكفي قول الوكيل. قال الأصحاب: ليس هما سواءً[٢]؛ لأن في الوكيل لا حاجة إلى دعوى الوكالة، بل يجوز معاملته بناءً على ظاهر الحال، وإن لم يدع شيئاً، وهاهنا بخلافه. وإنما يعرف كونه مأذوناً إما بسماع الإذن من السيد، أو ببينةٍ تقوم عليه. ولو شاع في الناس كونه مأذوناً؛ فوجهان، أصحهما: أنه يكتفي به أيضاً؛ لأن إقامة البينة لكل معامِلٍ مما يعسر، ولو عرف كونه مأذوناً ثم قال: «حجر عليَّ السيد»: لم يعامل، فإن قال السيد: «لم أحجر عليه»؛ فوجهان:

أصحهما: أنه لا يعامل أيضاً؛ لأنه العاقد والعقد باطل بزعمه.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[٣] ـ: أنه يجوز معاملته اعتماداً على قول السيد.

ولو عامل المأذون من عرف رقه ولم يعرف إذنه، ثم بان كونه مأذوناً؛ فهو ملحق عند الأئمة بما إذا باع مال أبيه[٤] على ظن أنه حي، فإذا هو ميت، ويقرب منه قولان حكاهما الحليمي فيما إذا كذب مدعي الوكالة ثم عامله فظهر صدقه في دعوى الوكالة[٥].

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٦).

(٢) في (ظ): (قال الأصحاب: لا يسوى بينهما).

(٣) فإذا أذن السيد للعبد في زمان أو مكان، فهو يكون مأذوناً دائماً إلى أن يحجر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٥).

(٤) في (ز): (ابنه).

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٥٧١): «قلت: ولو باع مالًا يظنه لنفسه فبان مال أبيه وكان ميتاً حال العقد: صح بلا خلاف. كذا نقله الإمام عن شيخه. والله أعلم».

فرع: لو عرف كونه مأذوناً فعامله ثم امتنع من التسليم إلى أن يقع الإشهاد على الإذن؛ فله؛ ذلك خوفاً من خطر إنكار السيد، كما لو صدق مدعي الوكالة بقبض الحق ثم امتنع من التسليم حتى يشهد الموكل على الوكالة.

فرع آخر: حكى في «التتمة» قولين في جواز معاملة مَن لا يعرف رقه وحريته:

أظهرهما: الجواز؛ لأن الأصل والغالب في الناس الحرية.

والثاني: المنع؛ لأن الأصل بقاء الحجر.

وما حكيناه[1] عن «النهاية»[2] في صدر الفصل، كأنه جواب على الأظهر. والله تعالى أعلم.

قال:

(أما العهدة فهو مطالبٌ (و) بديونِ معاملتِه، وكذا سيِّدُه؛ على الأظهَر. وقيل: السَّيِّدُ لا يُطالبُ أصلاً. وقيل: يُطالبُ إن لم يكن في يدِ العبدِ وفاء، ويَطردُ هذا الخلافُ في عاملِ القراضِ معَ ربِّ المال. وقيل: يطردُه أيضاً في الـمُوكلِ إذا سلَّم إلى وكيلِه ألفاً مُعيَّنةً، وإن عَتقَ العبد؛ طولِبَ به، فإن غَرِمه؛ ففي رجوعِه إلى السَّيِّدِ وجهان).

القول في لفظ العهدة[3] وتفسيرها موضعه غير[4] هذا.

وأما فقه الفصل: فإذا باع المأذون سلعة وقبض الثمن، فاستُحِقَّتِ السلعةُ، وقد

---

(١) حكاه الرافعي في أول هذه الفقرة عن الجويني: أنه قطع بالجواز.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٧٩-٤٨٠).

(٣) تُسَمَّى وثيقة المتبايعين عُهْدَةً، لأنه يرجع إليها عند الالتباس. «المصباح المنير»، مادة: عهد.

(٤) في (ظ): (عن).

تلف الثمن في يد العبد؛ فللمشتري الرجوعُ ببدله على العبد؛ لأنه المباشر للعقد. وفي وجهٍ لا رجوع على العبد؛ لأن يده يد السيد، وعبارته مستعارة في الوسط.

وفي مطالبة السيد ثلاثة أوجه رتبها الإمام:

أصحها: أنه يطالب أيضاً؛ لأن العقد له، فكأنه البائع والقابض للثمن.

والثاني: لا يطالب؛ لأن السيد بالإذن قد أعطاه استقلالاً، فشرط من يعامله قصر الطمع على يده وذمته.

والثالث: أنه إن كان في يد العبد وفاءٌ؛ فلا يُطالَب السيد؛ لحصول غرض المشتري، وإلا؛ فيطالب[1]. وعن ابن سريج: أنه إن كان السيد قد دفع إليه عيَن مالٍ[2] وقال: «بعها»، أوْ: «خُذْ ثمنها واتجر فيه»، أو قال: «اشترِ هذه السلعة وبعها واتجر في ثمنها»، ففعل ثم ظهر الاستحقاق، وطالبه المشتري بالثمن؛ فله أن يطالب السيد بقضاء الدين عنه؛ لأنه أوقعه في هذه الغرامة. وإن اشترى باختياره سلعة وباعها ثم ظهر الاستحقاق؛ فَلا.

ولو اشترى المأذون شيئاً للتجارة؛ ففي مطالبة السيد بالثمن الأَوْجُهُ، والوجه الأول والثاني جاريان في عامل القراض مع رب المال؛ لتنزيل رب المال العهدة على المال المعين. ولو أن الرجل سلم إلى وكيله ألفاً وقال: «اشترِ لي عبداً وأَدِّ هذا في ثمنه»، فاشترى الوكيل؛ ففي مطالبته الموكل بالثمن طريقان:

أحدهما: أنه يطالب. ولا حكم لهذا التعيين مع الوكيل؛ لأن الوكيل سفير محض. والمأذون مستخدم يلزمه الامتثال والتزام ما ألزمه السيد ذمته.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٧٥).

(٢) في (ظ): (مالك).

وأقيسهما: طرد الوجهين فيه.

وإذا توجهت الطلبة على العبد؛ لم تندفع بعتقه، لكن في رجوعه بالمغروم بعد العتق وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لانقطاع استحقاق السيد بالعتق.

وأظهرهما: لا يرجع؛ لأن المؤدَّى بعد العتق كالمستحق بالتصرف السابق على الرق. وهذا كالخلاف في أن السيد إذا أعتق العبد الذي آجره في أثناء مدة الإجارة، هل يرجع بأجرة مثله للمدة الواقعة بعد العتق؟ والله أعلم.

قال:

(ولو سلَّمَ إلى عبدِه ألفاً ليتَّجِرَ به[١]، فاشترى بعينِه شيئاً وتلِفَ الألف؛ انفسخَ العقد. وإنِ اشترى في الذمة؛ فثلاثةُ أوجه. الثالث: أنّ للمالكِ الخِيار: إنْ شاء فسخَ وإنْ شاء أجازَ وأبدَلَ الألف).

إذا سلم إلى عبده ألفاً ليتجر به، فاشترى بعينه شيئاً ثم تلف الألف في يده[٢]: انفسخ العقد، كما لو تلف المبيع قبل القبض. وإن اشترى في الذمة على عزم صرف الألف إلى الثمن؛ ففي المسألة وجهان:

أحدهما: أنه ينفسخ أيضاً؛ لأنه حصر إذنه في التصرف في ذلك الألف، وقد فات محل الإذن.

وأصحهما: أنه لا ينفسخ. وعلى هذا؛ فوجهان:

---

(١) في (ز): (فيه).

(٢) قوله: (في يده) سقط من (ز).

أحدهما: أنه يجب للسيد[1] ألف آخر؛ لأن العقد وقع له والثمن غير متعين؛ فعليه الوفاء بإتمامه.

والثاني: أنه لا يلزمه ذلك، ولكنه إن أخرج ألفاً آخر أمضى العقد، وإلا فللبائع فسخ العقد. ويشبه أن يكون هذا أظهر. وهو اختيار الشيخ أبي محمد.

وإذا ترك الترتيب؛ حصل في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب. ووراءها وجه رابع؛ وهو: أن الثمن يكون في كسب العبد. والوجهان في الأصل كالوجهين فيما إذا دفع ألفاً قراضاً إلى رجل فاشترى شيئاً في الذمة وتلف عنده، هل على رب المال ألف آخر أو ينقلب العقد إلى العامل؟

إن قلنا بالأول؛ فعلى السيد ألف آخر. وإن قلنا بالثاني؛ انفسخ العقد. وإذا قلنا: على السيد ألف آخر؛ فهل يتصرف العبد فيه بالإذن السابق أَمْ لا بد من إذن جديد؟ فيه وجهان. وهما كالوجهين في أنه إذا خرج ألفاً آخر في صورة القراض فرأس المال ألف أو ألفان؟ إن قلنا: ألف؛ فلا بد من إذن جديد. وإن قلنا: ألفان؛ كفى الإذن السابق.

قال الإمام[2] قدس الله روحه[3]: والألف الجديد إنما يطالب به البائع دون العبد. ولا شكّ أن العبد لا يمد يده إلى ألف من مال السيد، وأنه لا يتصرف فيما يسلمه البائع. وإنما تظهر فائدة الخلاف فيما إذا ارتفع العقد بسبب من الأسباب ورجع الألف[4]. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (على السيد).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٧٤).

(٣) قوله: (قدس الله روحه) سقط من (ز).

(٤) قال في «روضة الطالبين» (٣/ ٥٧٣): «قلت: قال صاحب «التهذيب»: لو اشترى المأذون شيئاً بعرض، فتلف الشيء ثم خرج العرض مستحقّاً، فالقيمة في كسبه أم على السيد؟ وجهان. والله أعلم».

قال:

(أما قضاءُ ديونِه؛ فمن مالِ التِّجارةِ لا من رقبتِه (ح)، وفي تعلُّقِه باكتسابِه من الاحتطابِ وغيره وجهان).

الأمر الثالث: أن ديون التجارة من أين تؤدَّى؟ ولا شك أن ديون معاملات المأذون مؤداة مما في يده من مال التجارة، سواءٌ فيه الأرْباح الحاصلة بتجاراته ورأس المال. وهل تؤدَّى من اكتسابه بغير طريق التجارة، كالاصطياد والاحتطاب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كسائر أموال السيد.

وأصحهما: نعم، كما يتعلق به المهر، ومؤون[1] النكاح. ثم ما فضل من ذلك يكون في ذمته إلى أن يعتق.

وهَلْ يتعلق بما يكسبه بعد الحجر؟ فيه وجهان. قال في «التهذيب»[2]: أصحهما: أنها لا تتعلق به ولا تتعلق برقبته ولا بذمة السيد. أما أنها لا تتعلق برقبته؛ فلأنه دين لزمه برضاء من له الدين؛ فوجب أن لا يتعلق برقبته، كما لو استقرض بغير إذن السيد. وخالفنا أبو حنيفة[3] فيه. وأما أنه لا يتعلق بذمة السيد؛ فلأن ما لزمه بمعاوضة مقصودة بإذنه، وجب أن تكون متعلقة بكسب العبد، كالنفقة في النكاح. ولو كان للمأذونة أولاد لم تتعلق الديون بهم، خلافاً لأبي حنيفة[4] في الذِين وُلِدُوا بعدَ الإذن في التجارة. ولو أتلف السيد ما في يد المأذون من أموال التجارة؛ فعليه

---

(١) في (ط الفكر): (ثبوت).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٥٧).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٩).

(٤) لم أعثر عليه في كتب الحنفية.

ما أتلف بقَدر الدين. ولو أنه قتل المأذون وليس في يده مال؛ لم يلزمه قضاء الدين.

هذه مسائل الكتاب وما يناسبها، وفي المأذون فروع كثيرة تذكر في مواضع متفرقة، والذي نورده في هذه الخاتمة أنه لو تصرف[١] فيما في يد المأذون ببيع أو هبة أو إعتاق ولا دين على العبد؛ فهو جائز. وفي وجهٍ: يشترط أن يقوم[٢] عليه حجْراً.

وإن كان عليه دين؛ فقد سبق حكم تصرفه.

وإذا باع العبد أو أعتقه صار محجوراً عليه في أصح الوجهين. وفي قضاء ديونه مما يكتسبه في يد المشتري الخلاف المذكور فيما يكتسبه بعد الحجر عليه.

واعلم أن المسائل الخلافية بيننا وبين أبي حنيفة في المأذون يبنى أكثرها على أنه هل يتصرف لنفسه أو لسيده؟ فعنده[٣]: يتصرف لنفسه. وعندنا: لسيده؛ ولذلك نقول: إنه لا يبيع نسيئة، ولا بدون ثمن المثل، ولا يسافر بمال التجارة إلا بإذن السيد، ولا يتمكن من عزل نفسه بخلاف الوكيل[٤].

فرع: لو أذن لعبده في التجارة مطلقاً، ولم يعين مالاً؛ فعن أبي طاهر الزيادي: أنه لا يصح هذا الإذن. وعن غيره: أنه يصح، وله التصرف في أنواع الأموال. هذا تمام القسم الأول[٥].

---

(١) أي: السَّيِّدُ.

(٢) في (ظ) و(ز): (تقدم).

(٣) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٤٥).

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٥٧٠): «قلت: ولو كان لرجلين عبد، فأذن له أحدهما في التجارة: لم يصح حتى يأذن الآخر، كما لو أذن له في النكاح: لا يصح حتى يأذن الآخر. والله أعلم».

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٥٧٤): «وقد بقيت من أحكام المأذون مسائل مذكورة في مواضعها. قلت: قال في «التهذيب»: لو جنى على المأذون، أو كانت أمة فوطئت بشبهة: لا تقضى ديون التجارة من الأرش والمهر. ولو اشترى المأذون من يعتق على سيده بغير إذنه: لم يصح على الأظهر. فإن قلنا: يصح ولم يكن على =

قال:

(وأما غيرُ المأذون؛ فلا يتصرَّفُ بما يضرُّ سيِّدَه، كالنكاح، فإنه لا يَنعقدُ دونَ إذنِه. والأقْيَسُ: جوازُ اتِّهابِه وقَبولُه الوصيّة، فيدخُلُ في ملكِ سيِّدِه كما يدخلُ باحتطاب. ويخلعُ زوجتَه. ولا يصحُّ ضمانُه وشراؤه (ح)؛ على الأصحّ، لأنه عاجزٌ عن الوفاءِ بالملتزَم. وقيل: إنه يصحّ، كما في المفلِس. ولا يملكُ العبدَ بتمليكِ السَّيِّدِ (م)، على القولِ الجديد).

القسم الثاني: غير المأذون في التجارة. وهو قد يكون مأذوناً في غير التجارة، وقد لا يكون مأذوناً أصلاً. والمسائل الداخلة في هذا المقسم منتشرة في الأبواب. والتي أَوْردها في هذا الموضع خمسٌ:

إحداها: ليس للعبد أن يَنْكح بغير إذن السيد؛ لأنه لو جاز نكاحه، لكان له أن يطأ متى شاء. وأنه يورث ضعف البنية ويتضرر به السيد. هذا حكم كل تصرف يتعلق برقبة العبد.

الثانية: الهبة من عبد الإنسان والوصية له، هبةٌ ووصيةٌ للسيد. وفي صحة قبوله فيهما من غير إذن السيد وجهان:

أحدهما ـ وبه قال الإصطخري ـ: المنع؛ لعدم رضاه بثبوت الملك.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه اكتساب لا يعقب عوضاً؛ فأشبه الاحتطاب والاصطياد بغير إذنه.

= المأذون دين، عتق على المولى. وإن كان دين ففي عتقه قولان. كما لو اشترى بإذن المولى. وإن اشترى بإذنه: صح. فإن لم يكن على المأذون دين: عتق. وإن كان، فقولان، أحدهما: لا يعتق. والثاني: يعتق، ويغرم قيمته للغرماء. ولو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة وفي يده أموال: حلّت المؤجّلة، كما تحل بموت الحر. ذكره القاضي حسين في «الفتاوى». والله أعلم».

وأيضاً: فإن العبد إذا خالع زوجته: صح وثبت العوض، ويدخل في ملك السيد قهراً، فكذلك هاهنا. وصورة الوصية قد ذكرها صاحب الكتاب في الوصية[١].

الثالثة: في صحة ضمانه بغير إذن السيد وجهان معادان[٢] في كتاب الضمان، وشرحهما بذلك الموضع أليق.

الرابعة: هل يصح شراؤه دون إذن السيد؟ فيه طريقان:

أظهرهما: أن فيه وجهين:

أحدهما ـ وبه قال ابن أبي هريرة ـ: نعم؛ لأنه يعتمد الذمة ولا حجر على ذمته.

وأصحهما: لا[٣]، وبه قال أبو إسحاق[٤] والإصطخري؛ لأنه لو صح: فإما أن يثبت الملك له، وليس هو أهلاً لأَنْ يملكَ، أو لسيده وذلك إما بعوض يلزمه أو بعوض يكون في ذمة العبد. والأول ما رضي به السيد. والثاني ممتنع؛ لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلتزم الثاني. وبَنَوُا الوجهان على القولين في أن المفلس المحجور عليه إذا اشترى شيئاً هل يصح؟ ووجه الشبه: أن كل واحد منهما صحيح العبارة، وإنما حجر عليه لحق الغير.

والطريق الثاني: القطع بالبطلان. ويفارق المفلس؛ لأنه أهل للتمليك.

التفريع:

إن صححنا شراءه؛ فمنهم من قال: إن الملك للسيد، والبائعُ إن علم رِقَّه لم يطالبه بشيء حتى يعتق. وإن لم يعلم؛ فهو بالخيار بين الصبر إلى العتق، وبين أن يفسخ

---

(١) في (ظ): (كتابها).

(٢) أي: مذكوران.

(٣) أي: البطلان.

(٤) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٢٣٥).

ويرجع إلى عين ماله. ومنهم من قال: الملك للعبد، والسيد بالخيار بين أن يقره عليه وبين أن ينتزعه من يده، وللبائع الرجوع إلى عين المبيع ما دام في يد العبد؛ لتعذر تحصيل الثمن كما لو أفلس المشتري بالثمن. وإن تلف في يده؛ فليس له إلا الصبر إلى أن يعتق. وإن انتزعه السيد، فهل للبائع الرجوع؟ فيه وجهان، الذي أورده الأكثرون: أنه لا يرجع، كما لو زال يد المشتري عما اشتراه ثم أفلس بالثمن. وفي «التتمة»: أن الصحيح أنه يرجع أيضاً؛ بناءً على أن الملك يحصل للسيد ابتداءً، لا بالانتزاع.

وإن أفسدنا شراءه؛ فللمالك استرداد العين ما دامت باقيةً سواء كانت في يد العبد أو في يد السيد. وإن تلفت في يد العبد؛ تعلق الضمان بذمته. وإن تلفت في يد السيد؛ فللبائع مطالبته بالضمان، وليس[1] له مطالبة العبد بعد[2] العتق. ولا يجب على السيد الضمان بأن رآه فلم يأخذه من يد العبد. ولو أدَّى الثمن من مال السيد؛ فله استرداده. والاستقراض في جميع ما ذكرناه كالشراء.

وللعبد إجارة نفسه بإذن السيد. وكذا له بيع نفسه ورهنها في أصح الوجهين. ولو اشترى العبد أو باع لغيره وكالة بغير إذن السيد؛ ففيه وجهان، ذكر في «التتمة» أنهما مبنيان على الخلاف فيما[3] لو اشترى لنفسه. والأصح: المنع؛ لما فيه من تعلق العهدة بالوكيل.

وقوله في الكتاب: (ولا يصح ضمانه وشراؤه)، يجوز إعلامه بالحاء؛ لأن أبا حنيفة[4] يصحح شراءه. وإيراد «الوسيط»[5] يدل على أن المراد من قوله: (على الأصح)، الأصح من الطريقين.

---

(١) سقط من (ظ)، وفي (ط الفكر): (إلا ليس).

(٢) في (ز): (إلا بعد).

(٣) في (ظ): (كما).

(٤) العبد مع مولاه كالصبي الذي يعقل مع وليه، لأن الحق للمولى. فإذا أجازه، جاز تصرفُه عند أبي حنيفة رحمه الله. انظر: «الاختيار» (٢/ ٩٤).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٢٠٣).

وقوله في الكتاب: (وقيل: إنه يصح كما في المفلس)، إشارة إلى الطريق الثاني. المعنى: يصح في قولٍ كما في المفلس.

وقوله: (لأنه عاجز عن الوفاء بالملتزم)، وجهه في الضمان ظاهر، فإن الأداء في الحال متعذر عليه، وأما في الشراء فهو مبني على أن للسيد أخذ المبيع منه؛ فلا يبقى للثمن متعلق في الحال.

الخامسة: العبد هل يملك بتمليك السيد؟ فيه قولان:

القديم: نعم، وبه قال مالك[١]؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «من باع عبداً وله مال»[٢]. أضاف المال إليه.

والجديد[٣]: لا، وبه قال أبو حنيفة[٤]، كما لا يملك بالإرثِ، وتمليك غير السيد، ولأنه مملوك؛ فأشبه البهيمة.

وعن أحمد[٥] روايتان كالقولين.

فإن قلنا بالقديم؛ فللسيد الرجوع عنه متى شاء، وليس للعبد التصرف فيه إلا

---

(١) «فتح الباري» (٥/ ٦١-٦٢)، «التعليق الممجد على موطأ محمد» (٣/ ٢٥٤).

(٢) أخرجه عن ابن عمر رضي الله عنهما في النصف الثاني من الحديث، البخاري مع «الفتح» (٥/ ٦٠)، برقم (٢٣٧٩)، في الشرب والمساقاة، باب الرجل يكون له مَمَرٌّ أو شربٌ في الحائط. ومسلم (٣/ ١١٧٣)، برقم (٨٠) (١٥٤٣) في البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر. وأبو داود مع «المختصر» (٥/ ٧٨) برقم (٣٢٨٨)، في البيوع، باب في العبد يباع وله مال، وسكت عليه، وذكر المنذري أنه رواه الستة. قلت: عند الشيخين بلفظ: «ابتاع»، وعند أبي داود بلفظ: «باع».

(٣) وهو الأظهر.

(٤) «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٥٤)، «التعليق الممجد» (٣/ ٢٥٤).

(٥) «المغني» (٤/ ١٩١).

بإذن السيد. وله أن يتسرى[١] الجاريةَ التي ملَّكها إياه إن أذن له فيه، وعن الأستاذ[٢] أبي إسحاق منعه؛ لضعف الملك. وإن لم يأذن له في الشراء؛ فليس له ذلك، وفيه وجه[٣].

ولو كان له عبدان فملَّك كل واحد منهما صاحبه؛ فالحكم للتمليك الثاني، وهو رجوع عن الأول. فإن وقعا دفعة واحدة من وكيلين؛ تدافعا. والله أعلم.

* * *

(١) يتسرى، أي: يطأ. كما في «الروضة» (٣/ ٥٧٦).

(٢) وهو الإسفراييني.

(٣) وهو الوجه الثالث، أي: يجوز مطلقاً. والثاني: ما نقل عن أبي إسحاق، والأول هو الصحيح، وهذه الوجوه الثلاثة بناءً على القول القديم. قال في «الروضة» (٣/ ٥٧٦): «قلت: قال في «التهذيب»: لو أولدها، فالولد مملوك للعبد، ولا يعتق عليه، لنقصان ملكه. فإذا عُتِق: عتقَ الولد. قال: والمدبر والمعلق عتقه على صفة كالقن. فلا يحل لهم الوطء على الجديد، وإن أذن السيد فيه، وفي حله على القديم ما ذكرنا. ومَن بعضه حر، إذا ملك بحريته مالاً فاشترى جارية: ملكها. ولا يحل له وطؤها على الجديد، ويحل في القديم بإذن السيد، ولا يحل بغير إذنه، لأن بعضه مملوك، فلم يصح التسري. ولا يحل للمكاتب التسري بغير إذن سيده. وبإذنه قولان، كتبرعه. وقيل: إن حرمنا التسري على العبد، فالمكاتب أولى. وإلا فقولان. والله أعلم».

قال رحمه الله:

(البـاب الثاني: في التَّحالـفِ والنَّظرِ في سـببِه وكيفيَّتِه وحكمِه. أما السَّـبب: فهو التَّنازعُ في تفصيلِ العَقدِ وكيفيَّتِه بعدَ الاتفاقِ على الأصل، كالخـلافِ في قَـدرِ العِوضِ (ح) وجنسِـه، وقدرِ الأجـلِ (ح) وأصلِه (ح)، وشَرطِ الكفيـلِ (ح)، والخيارِ (ح)، والرَّهنِ (ح) وغيرِه، فموجبُه التَّحالف؛ سـواءٌ كانت السِّلعةُ قائمةً أو هالكةً (ح م)، جَرى مع العاقدِ أو مع ورثتِه، قبـلَ القبـضِ أو بعـدِه (ح)؛ لقـولِه ﷺ: «إذا اختلـفَ المتبايعـانِ تَحالفـا وترادّا»[1]).

الأصل في الباب ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار»[2]، ومعناه: أن المبتاع بالخيار بين إمساكه بما حلف عليه البائع، وبين أن يحلف على ما يقوله؛ للرواية الأخرى: «إذا

---

(١) قوله: «تحالفا» لم يثبت في كتب الحديث. وأما قوله: «ترادا» فقد أخرج مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٧١) برقم (٨٠)، في البيوع بلاغاً عن ابن مسعود بلفظ: «أيما بَيِّعَيْن تبايعا، فالقول ما قال البائع أو يترادان». ورواه جماعة مرفوعاً بأسانيد منقطعة، ومنها ما في الطبراني في «الكبير» بلفظ: «البيعان إذا اختلفا في البيع ترادا».
انظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٣١)، و«نصب الراية» (٤/ ١٠٥-١٠٧).

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٥٧٠)، برقم (١٢٧٠)، في البيوع، باب ما جاء إذا اختلف البيعان، بلفظ: «البيعان» بدل: «المتبايعان»، ثم قال: «هذا حديث مرسل. وعون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود». وأخرج النسائي (٧/ ٣٠٣)، برقم (٤٦٤٩)، في البيوع، باب اختلاف المتبايعين في الثمن، بلفظ: «أمر البائع أن يستحلف ثم يختار المبتاع، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك». وبنحوه روى أيضاً أحمد والشافعي والدارقطني والبيهقي عن ابن مسعود رضي الله عنه، ولكن في إسناد كل منها انقطاع وضعف، فالتفصيل في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٠ - ٣١). وفي رواية النسائي فسر قول البائع بيمينه.

اختلف المتبايعان تحالفا»، وفي رواية: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة[١] ولا بينة لأحدهما تحالفا»[٢].

إذا عرفت ذلك، فكلام الباب يقع في ثلاثة فصول:

أحدها: في السبب المحوِج إلى التحالف، ومتى تبايع اثنان ثم وقع بينهما اختلاف، فذلك إما أن يكون مع الاتفاق على عقد صحيح أَوْ لا معه.

القسم الأول: أن يختلفا مع الاتفاق على عقد صحيح[٣]. مثل أن يختلفا في قدر الثمن، فيقول البائع: «بعتك هذا بمئة»، فيقول المشتري: «بخمسين»؛ فيُنظر؛ إن كان لأحدهما بينة، قضى بها. وإن أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله، سمعا[٤] من حيث إن كل واحد منهما مُدَّع، ثم إن قلنا بالتساقط؛ فكأنْ لا بينة، وإلا توقفنا إلى ظهور الحال. وإن لم يكن لواحد منهما بينة؛ فيتحالفان؛ لأن كل واحد منهما مدع ومدعًى عليه. فالبائع مدع زيادة الثمن، ومدعًى عليه في تمليك السلعة بالأقل، والمشتري بالعكس،

---

(١) قوله: (والسلعة قائمة) سقط من (ط الفكر).

(٢) أخرج أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٦٢)، برقم (٣٣٦٨)، في البيوع، باب إذا اختلف البيعان، عن محمد بن الأشعث، بلفظ: «إذا اختلف البيعان، وليس بينهما بينةٌ، فهو ما يقول رب السلعةِ، أو يتتاركان»، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه النسائي». وهو بلفظ: «أو يَتْـرُكا» عند النسائي بدل: «يتتاركان» في البيوع، باب اختلاف المتبايعين في الثمن، (٧/ ٣٠٢-٣٠٣)، رقم (٤٦٤٨). وأخرجه الدارمي (٢/ ١٦٦)، برقم (٢٥٥٢)، في البيوع، باب إذا اختلف البيعان، بلفظ: «البيعان إذا اختلفا والمبيع قائم بعينه وليس بينهما بينة، فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع»، وفي إسناده ابن أبي ليلى، وهو ضعيف، لسوء حفظه. وحديث أبي داود أصح إسناد روي في هذا الباب. قاله البيهقي، ونقل عنه المنذري. قال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٢): «قوله: «تَحَالَفَا» لم يقع عند أحدٍ منهم، وإنما عندهم: والقول قول البائع أو يرادان».

(٣) من قوله: (أو لامعه) إلى هنا سقط من (ظ).

(٤) في (ز): (سمعنا).

فإذا لم يكن بينة: حلف كل واحد منهما. ولا فرق في ذلك بين أن تكون السلعة قائمة أو هالكة. وقال أبو حنيفة[(١)]: إنما يتحالفان عند قيام السلعة، أما إذا هلكت؛ فالقول قول المشتري مع يمينه. وعن أحمد[(٢)] روايتان كالمذهبين. وعن مالك[(٣)] مثل ذلك.

ورواية ثالثة[(٤)]؛ وهي: أنه إن كان قبل القبض: تحالفا، وإن كان بعده؛ فالقول قول المشتري.

لنا: ما سبق من إطلاق الأخبار، وقياس حالة الهلاك على حالة البقاء.

لا فرق أيضاً بين أن يقع الاختلاف بين المتبايعين أو ورثتهما بعدهما.

وقال أبو حنيفة[(٥)]: إن كان المبيع غير مقبوض: تحالفا؛ وإلا فالقول قول ورثة المبتاع.

ولو اختلفا في جنس الثمن أو في بعض صفاته؛ فهو كالخلاف[(٦)] في القدر. وكذا الاختلاف في قدر المبيع؛ بأن يقول البائع: «بعتك هذا العبد»، ويقول المشتري: «هذا العبد، وهذا الثوب»، والاختلاف في قدر المبيع والثمن معاً؛ بأن يقول البائع: «بعتك هذا العبد بألف»، ويقول المشتري: «بعتني هذه الجارية بألفين». ولو قال البائع: «بعتك

---

(١) لو اختلفا في قدر الثمن، لا تحالف بعد هلاك المبيع في يد المشتري، لأنه لو هلك في يد البائع تحالفا على القائم عندهم، وحلف المشتري عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يتحالفان ويفسخ العقد وتلزم القيمة. انظر: «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٦٤).

(٢) مذهب أحمد كمذهب الشافعي ومحمد. انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢٣٦).

(٣) روي عن مالك مثل مذهب أبي حنيفة ومذهب محمد والشافعي. انظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٥١٠).

(٤) في (ط الفكر): (المنذر).

(٥) لم أعثر عليه في كتب الحنفية.

أقول: ينظر: المبسوط (١٣/ ٣٢)، البحر الرائق (٧/ ٢٢٢). (م ع).

(٦) في (ز): (كالاختلاف).

هذا العبد»، فقال المشتري: «بعتني هذه الجارية»، ولم يختلفا في الثمن؛ نُظر: إن كان الثمن معيناً: تحالفا، كما لو اختلفا في جنس الثمن. وإن كان الثمن في الذمة؛ فوجهان:

أحدهما: أنهما يتحالفان أيضاً كما لو كان معيناً. وبهذا أجاب ابن الحداد، واختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ، رحمهم الله.

والثاني: أنه لا تحالف؛ لأن المبيع مختلف فيه والثمن ليس بمعين حتى يربط به العقد. ويحكى هذا عن الشيخ أبي حامد[١]، واختاره الإمام[٢] وصاحب «التتمة»[٣]. ونظير المسألة من الصداق أن يقول الزوج: «أصدقك أباك»، فقالت: «بل أمي». وقد أوردها صاحب الكتاب في آخر كتاب الصداق، ورأى الأصح التحالف.

فإن قلنا لا تحالف؛ حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، ولم يجمع أحدهما في اليمين بين النفي والإثبات، ولا يتعلق بينهما فسخ ولا انفساخ. ولو كانت المسألة بحالها، وأقام كل واحد منهما بينة على ما ذكره؛ سلمت الجارية للمشتري. وأما العبد؛ فقد أقر البائع بيعه وقامت البينة عليه أو لم تقم. فإن كان في يد المشتري: أقر عنده. وإن كان في يد البائع؛ فوجهان:

أحدهما: أنه يسلم إلى المشتري ويجبر على قبوله.

والثاني: لا يجبر؛ لأنه ينكر ملكه فيه. فعلى هذا يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه، فإن لم يكن له كسب ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه؛ فعل.

ولو أنفقا على المبيع والثمن واختلفا في شرط الخيار أو قدره أو شرط الرهن

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٤٣).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٣٣).

(٣) في (ظ): (التهذيب) كذا في «الروضة».

بالثمن أو الكفيل أو شرط الأجل أو قدره؛ جرى التحالف أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة[١] وأحمد[٢] حيث قالا: الاختلاف في شروط العقد لا يقتضي التحالف، ولكن القول قول من منعها[٣].

لنا: إطلاق الأخبار السابقة والرواية المذكورة في الكتاب، ولا تخفى المواضع المستحقة للعلامات من ألفاظ الكتاب. والله أعلم.

قال:

(ويجري في كلِّ معاوضة[٤]، كالصُّلحِ عن دمِ العَمدِ والخلعِ والنكاحِ والإجارةِ والمساقاةِ والقراضِ والجعالة، ولكن أثرُه في بَدلِ الدَّمِ والبُضعِ الرُّجوع إلى بدلِ المثل، لا فسخُ الخلْعِ والصُّلحُ والنكاح. ولو قال: وهبتَ هذا منِّي؟ فقال: لا، بل بعتُه؛ فالقولُ قولُه في أنه ما وهَب. ولم يَتحالفا؛ إذ لم يتَّفقا على عَقد).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: أن التحالف لا يختص بالمبايعات، بل يجري في سائر عقود المعاوضات من السلم والإجارة والمساقاة والقراض والجعالة والصلح عن الدم والخلع والصداق والكتابة؛ طرداً للمعنى. ثم في البيع ونحوه يفسَخ العقد بعد التحالف أو ينفسخ ويترادان؟ كما سيأتي. وفي الصلح عن الدم لا يعود استحقاقٌ، بل إن التحالف في

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٦٤).

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ٢٣٨).

(٣) في (ظ): (ينفيها).

(٤) في (ز): (معاوضة محضة).

الرجوع إلى الدية، فكذلك لا يرتد البضع، ولكن في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل، وفي الخلع يرجع إليه الزوج. وسيعود ذكر هذا الكلام في كتابيهما.

ثم ذكر الإمام ـ قدس اللـه روحه ـ في هذا الموضع إشكالاً؛ فقال: أي معنى للتحالف في القِراض مع أنه جائز وكل واحد منهما بسبيلٍ من فسخه بكل حال[1]؟! وأيد ذلك بأن القاضي الحسين منع من التحالف في البيع في زمان الخيار ومكانه؛ لإمْكَانِ الفسخ بسبب الخيار؟ وأجاب بأن التحالف ما وضع للفسخ، ولكن عُرضت الأيمانُ رجاءَ أن ينكفّ الكاذب، ويتقرر العقد بيمين الصادق. فإذا لم يتفق ذلك وأصَرَّا؛ فُسِخ العقدُ للضرورة. ونازع القاضي فيما ذكره لإشكاليات قرّرها، ثم مال بالآخرة إلى موافقته، ورأى في القراض أن يفصِّل فيقال: التحالف قبل الخَوْضِ[2] في العمل لا معنى له. وأما بعده فالنزاع يؤول إلى مقصودٍ لا خِيَـرَةَ فيه من ربحٍ أو أجرِ مثلٍ؛ فيتحالفان. والجعالة كالقراض.

المسألة الثانية: لو قال: «بعتك هذا بالألف»، فقال: «بل وهبتنيه»؛ فلا تحالف؛ إذ لم يتفقا على عقد، ولكن يحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، فإذا حلفا؛ فعلى مدعي الهبة ردُّه بزوائده. هذا هو المشهور.

ووراءه شيئان[3]:

أحدهما ـ عن صاحب «التقريب» رواية قول ـ: إن القول قول مدعي الهبة؛ لأنه مالك باتفاقهما، وصاحبه يدعي عليه، والأصل براءة ذمته عنه.

الثاني: أطلق في «التتمة» وجهاً: أنهما يتحالفان، وادعى أنه الصحيح.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٣٧).

(٢) أي: الشروع.

(٣) أي: خلاف قول ووجه.

ولو قال: «بعتك هذا بألفٍ»، فقال: «بل وهبتنيه»؛ حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، ورد الألف واسترد العين. ولو قال: «رهنتكه[1] بألف استقرضته»، فقال: «بل بعتنيه بألف»؛ فالقول قول المالك مع يمينه، ويُرد الألف، ولا يمين على الآخر ولا يكون رهناً؛ لأنه لا يدعيه. قاله في «التهذيب»[2]. والله أعلم.

قال:

(ولو تنازعا في شرطٍ مُفسِد؛ فكذلك. والأصحّ: أن القولَ قولُ من ينكرُ الشرطَ الفاسد. ولو رُدَّ المبيعُ عليه بعيبٍ فقال: ليسَ هذا ما قبضتَه منّي؛ فالقولُ قولُه، وإن جرى ذلك في الـمُسلَمِ فيه؛ ففيه خلافٌ من حيثُ إنه لم يَعترِف له بقبضٍ صحيح. وقالَ ابنُ سريج: إن كانَ بحيثُ لو رضيَ به لوقعَ عن جهةِ الاستحقاق؛ لرجوعِ التَّفاوتِ إلى الصِّفة، فهو كالمبيع؛ لأن القبضَ صحيحٌ فيه لو رضيَ به).

القسم الثاني: أن يختلفا من غير الاتفاق على عقد صحيح؛ بأن يدعي أحدهما صحة العقد والآخر فساده، كما إذا قال: «بعتك بألف»، فقال المشتري: «بل بألف وزق خمر»، أو[3] قال أحدهما: «شرطنا في العقد شرطاً مفسداً». وأنكر الآخر؛ فلا تحالف. وفيمن القول؟ فيه[4] وجهان:

أصحهما ـ عند صاحب «التهذيب»[5] ـ: أن القول قول من يدعي الفساد مع

---

(١) في «الروضة» (٣/ ٥٧٩): (وهبتكه).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٧).

(٣) في الأصل: (و).

(٤) في الأصل: (قوله).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٤-٥٠٥).

يمينه؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح، وبقاء الملك للمالك. وصار كما لو اختلفا في أصل البيع.

وأصحهما ـ عند المصنف، وهو اختيار الشيخ أبي حامد وابن الصباغ ـ: أن القول قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة. واحتج لهذا الوجه بنصه في «البويطي» فيمن أسلم إلى رجل في طعام واختلفا، فادعى المسلم إليه أنه شرط فيه الخيار، وأنكره المسلم؛ أن القول قول المسلم مع يمينه. وأيضاً فلو قال: «هذا الذي بعتنيه حر الأصل»، وقال البائع: «بل هو مملوك»؛ فالقول قول البائع.

وذكر الأئمة تخريج الوجهين على أصلين:

أحدهما ـ عن القاضي أبي الطيب ـ: أن أصل الوجهين قولان للشافعي رضي الله عنه، فيمن تكفل برجل ثم اختلفا فقال: «تكفلت على أني بالخيار[1] ثلاثاً»، وأنكر المكفول له؛ أن القول قول الكفيل أو المكفول له؟

والثاني ـ عن القفال ـ: أن أصلهما القولان فيمن قال: «لفلانٍ عليّ ألف من ثمن الخمر»، هل يؤاخذ بأول كلامه أم يقبل قوله من ثمن الخمر؟

إن قلنا بالثاني؛ فالقول قول من يدعي الفساد. وإن قلنا بالأول؛ فالقول قول من يدعي الصحة. والمخرج: أن يخرج الوجهين على قولي تقابل الأصل والظاهر.

ولو قال: «بعتك بألف»، فقال: «بل بخمر» أو: «بثمن مجهول»؛ ففي «التهذيب» نقل طريقين:

أظهرهما: طرد الوجهين.

والثاني: القطع بالفساد؛ لأنه لم يقر بشيء ملزم.

---

(١) في (ط الفكر): (على إن الخيار).

وإذا فرَّعنا على أن القول قول من يدعي الصحة، فلو قال: «بعتك بألف»، فقال: «بل بخمسمئة وزق خمر»، وحلف البائع على نفي سبب الفساد؛ صدّق فيه، وبقي التنازع في قدر الثمن؛ فيتحالفان.

ثم الفصل يشتمل على مسألة أخرى في اختلاف المتبايعين من وجه آخر؛ وهي: أن يشتري عبداً ـ مثلاً ـ ثم يجيء بعبد ويريد رده بعيب فيه، فيقول البائع: «ليس هذا ما ابتعته وقبضته مني»؛ فالقول قول البائع؛ لأن الرَّادَّ يريد الفسخ. والأصل مُضِيّه على السلامة.

ولو فرض ذلك في السَّلَمِ(١)، أو قال: «ليس هذا على الوصف الذي أسلمت إليك فيه» ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المسلم إليه مع يمينه، كما أن القول قول البائع. وبهذا أجاب في «التتمة».

وأصحهما: أن القول قول المسلم؛ لأن اشتغال ذمته بمال السلم معلوم والبراءة غير معلومة. ويفارق صورة البيع؛ لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل استمرار العقد.

والوجهان جاريان في الثمن في الذمة: أن القول قول القابض أو الدافع؟

وعن ابن سريج وجه ثالث: وهو أنه يفرق بين ما يمنع صحة القبض، وبين العيب الذي [لا] يمنعها؛ فإذا كان الثمن دراهم في الذمة وفرض هذا النزاع وكان ما أراد(٢) البائع رده زيوفاً ولم يكن وَرِقاً؛ فالقول قول البائع؛ لإنكاره أصلِ القبض

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (التسليم).

(٢) في (ظ): (أورد).

الصحيح. وإن كانت ورِقاً لكنها رديئة النوع لخشونةٍ أو اضطرابِ سكةٍ؛ فالقول قول المشتري؛ لأن أصل القبض قد تحقق. ولو رضي به لوقع المقبوض عن الاستحقاق. ولا يخفى مثل هذا التفصيل في المسلم فيه.

ولك أن تقول: المعنى الفارق في المسلم فيه ظاهر؛ فإن الاعتياض عنه غير جائز ولكن في الثمن لو رضي بالمقبوض لوقع عن الاستحقاق، وإن لم يكن ورقاً متى كانت له قيمة؛ لأن الاستدلال عن الثمن جائز على الصحيح.

وقوله في الكتاب: (لرجوع التفاوت إلى الصفة)، أراد صفات الجودة والرداءة، فإن أخذ الرديء عن الجيد جائز، وإنما المانع من الأخذ تغاير الجنس.

ولو كان الثمن معيباً[1] فهو كالمبيع، فإذ وقع فيه هذا[2] الاختلاف؛ فالقول قول المشتري مع يمينه. قال في «التهذيب»[3]: لو كان المعين نحاساً لا قيمة له؛ فالقول قول الراد. لأنه يدعي بقاء ملكه وفساد العقد. ولك أن تقول: ينبغي أن يكون هذا على الخلاف فيما إذا ادعى أحدهما صحة العقد والآخر فساده.

ولو اشترى طعاماً كيلاً وقبضه بالكيل؛ أو وزناً وقبضه بالوزن، أو أسلم فيه وقبضه ثم جاء وادَّعى نقصاناً فيه؛ نُظِر: إن كان قدر ما يقع[4] مثله في الكيل والوزن؛ قُبِل، وإلا؛ فقولان عن رواية الربيع:

أحدهما: أن القول قول القابض مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء حقه. ويحكى هذا

---

(١) في (ز): (معيّناً).

(٢) في (ظ): (في المبيع).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٧).

(٤) في «الروضة» (٣/ ٥٨٠): (قدراً ينفع).

عن أبي حنيفة[١]، ورجحه صاحب «التهذيب»[٢].

والثاني ـ ويحكى عن مالك[٣] ـ: أن القول قول الدافع مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على القبض، والقابض يدعي الخطأ فيه؛ فيحتاج إلى البينة، كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه يحتاج إلى البينة. وهذا أصح عند القاضي أبي الطيب وغيره.

ولو اختلف المتبايعان في القبض؛ فالقول قول المشتري.

ولو باع عصيراً وحصل القبض فوجد خمراً، فقال البائع: «تخمر في يدك»، وقال المشتري: «بل سلمته خمراً، والقبض فاسد»، وأمكن الأمران[٤] جميعاً؛ فقولان:

أحدهما: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل بقاء الحلاوة.

والثاني: أن القول قول المشتري[٥]؛ لأن الأصل عدم القبض لا الصحيح.

ولو قال أحدهما: «إنه كان خمراً عند البيع»، فهذا يدعي فساد العقد، والآخر يدعي صحته، وقد سبق حكمه. وبهذا يقاس ما لو باعه لبناً فأخذه المشتري في ظَرْف ثم وجدتْ فيه فأرة[٦] وتنازعا في نجاسته عند القبض وعند البيع.

---

(١) «مجمع الأنهر» (٢/ ٤٩).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٣) (٣/ ٤١٥).

(٣) قال مالك في اختلاف البائع والمشتري في المثمون في كتاب السلم من «المدونة»: «إن قال: هذا في فرس وهذا في حمار، تحالفا وتفاسخا». انظر: «التاج والإكليل» (٤/ ٥١٠). وأما اختلافهما في الثمن بعد قبض السلعة بفوت السلعة بزيادة أو نقص أو حوالة سوقٍ، فالقول قول المبتاع على رواية ابن القاسم، وروى أشهب: أنهما يتحالفان. انظر المرجع السابق.

(٤) أي: وأمكن صدقهما، فأيهما يصدَّق؟

(٥) قال في «الروضة» (٣/ ٥٨١): «قلت: أظهرهما: تصديق البائع. والله أعلم».

(٦) أي: فأرة ميتة.

ولو قال المشتري: «بعت العبد بشرط أنه كاتب» وأنكره البائع؛ فوجهان:

أحدهما: أن القول قول البائع، كما لو اختلفا في العيب.

والثاني: أنهما يتحالفان كما لو اختلفا في الأجل أو الخيار. قال في «التتمة»: وهذا أصح.

ولو كان الثمن مؤجلاً واختلفا في انقضاء الأجل؛ فالأصل بقاؤه. والله أعلم.

قال:

(أما كيفيّةُ اليَمين: فالبداءةُ بالبائعِ (ح)، وفي السَّلمِ بالـمُسلَمِ إليه، وفي الكتابةِ بالسيِّد؛ لأنهما في رتبةِ البائع، وفي الصَّداقِ بالزَّوج؛ لأنه في رتبةِ بائعِ الصَّداق. وأثرُ التَّحالفِ يظهرُ فيه، لا في البُضع. وقيل (و): إنه يبدأُ بالمشتري (أ)، وهو مخرَّج. وقيل (و): يَتساويان، فيتقدَّمُ[1] بالقُرعةِ أو برأيِ القاضي. ثم يحلفُ البائعُ يميناً واحداً[2]، ويجمعُ بينَ النَّفي والإثبات، ويقدِّمُ النَّفيَ (و) فيقول: والله ما بعتُه بألفٍ بل بعتُه بألفَين. فإن حلفَ البائعُ عليهما، ونكلَ المشتري عن أحدِهما؛ قُضيَ عليه. وفيه قولٌ مخرَّج: أنه لا يُجمَعُ في يمينٍ واحدةٍ بينَ النَّفي والإثبات، بل يَحلفُ البائعُ على النَّفي، ثم المشتري على النَّفي، ثم البائعُ على الإثبات، ثم المشتري على الإثبات، فيتعدَّدُ اليمين).

الفصل الثاني: في كيفية التحالف. وقاعدته: أن يحلف كل واحد من المتعاقدين على إثبات ما يقوله، ونفي ما يقوله صاحبه. ثم فيه مسألتان:

---

(١) في (ز): (فيُقدَّم).

(٢) في (ز): (واحدة).

إحداهما: فيمن يبدأ به من المتعاقدين، وقد نص في البيع أنه يبدأ بالبائع. وفي السلم أنه يبدأ بالمسلم إليه. وفي الكتابة بالسيد. وهذه النصوص متوافقة. وفي الصداق أنه يبدأ بالزوج. وظاهره يخالف سائر النصوص؛ لأن الزوج شبيه بالمشتري. ونص في الدعاوى أنه إن بَدَأَ بيمين البائع؛ خُيِّرَ المشتري، وإن بدأ بيمين المشتري؛ خُيِّرَ البائع، وهذا يشعر بالتسوية والتخيير.

وللأصحاب طريقان:

أظهرهما: أن المسألة على ثلاثة أقوال:

أظهرها: أن البداية بالبائع، وبه قال أحمد[1]. واحتجوا له بأن جانبه أقوى؛ لأن ملكه على الثمن يتم بالعقد، وملك المشتري على المبيع لا يتم بالعقد، ولأن المبيع يعود إليه بعد التحالف.

والثاني: أن البداية بالمشتري. وبه قال أبو حنيفة[2]؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة ثمن، والأصل براءة ذمته عنها؛ فيقوى بذلك جانبه.

والثالث: أنه لا بداية، بل يتساويان؛ لأن كل واحد منهما مدعٍ ومدعًى عليه؛ فلا ترجيح. وعن الشيخ أبي حامد: أن هذا أقيس وإن كان الأول ظاهر المذهب. وعلى هذا فوجهان:

أظهرهما: أن الحاكم مخير في ذلك يبدأ بمن اتفق.

والثاني: أنه يقرع بينهما كما يقرع بين المتساويين إلى مجلسه.

والطريق الثاني: القطع بأن البداية بالبائع. ومن قال بهذا قطع بأن البداية في اختلاف الزوجين بالزوج، على ما نص عليه، وقرره من وجهين:

---

(١) «كشاف القناع» (٣/ ٢٣٦).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٢٦٣).

أحدهما: أن أثر تحالف الزوجين إنما يظهر في الصداق دون البضع، والزوج هو الذي ينزل عن الصداق؛ فكان كالبائع له.

والثاني: أن تقديم البائع إنما كان لقوة جانبه بحصول المبيع له بعد التحالف، وفي النكاح يبقى البضع للزوج. وأما نصه في كتاب الدعاوى فستعرف تأويله.

وإذا قلنا: بطريقة إثبات الخلاف؛ فإن قدمنا البائعَ لم يَخْفَ[١] من ينزل منزلته[٢] في سائر العقود. وفي الصداق[٣] يأتي وجهان:

أحدهما: أن البداية بالمرأة؛ لِمَا مرّ[٤]. نقله صاحب «التهذيب»[٥] وغيره.

وَأوفقهما للنص: أن البداية بالزوج؛ لما مر[٦]. وإن قدمنا المشتري؛ فالقياس انعكاس الوجهين. والله أعلم.

ثم هاهنا أمران مهمان:

أحدهما: أن جميع ما ذكرناه في الاستحباب دون الإيجاب والاشتراط. نص عليه الشيخ أبو حامد وصاحب «التهذيب»[٧] و«التتمة»، وهو أحد ما حمل عليه نصه في الدعاوى.

---

(١) أي: لم يستتر. والفعل من خَفِيَ يَخْفَى.

(٢) أي: منزلة البائع.

(٣) أي: لو خالف الزوجان في الصداق.

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (مرّ وإن قدمنا المشتري) ووقع خطأً.

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٥).

(٦) أي: مرّ في الطريق الثاني أنه يبدأ بالزوج.

(٧) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٥).

والثاني: أن تقديم أحد الجانبين مخصوص بما إذا باع عرضاً بثمن في الذمة. فأما إذا تبادلا عرضاً بعرض[1]؛ فلا تتجه إلا التسوية. ذكره الإمام، وينبغي أن يخرَّج ذلك على أن الثمن ماذا؟ وقد سبق الخلاف فيه.

المسألة الثانية: في تعدد اليمين وصفتها[2]: ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه الاكتفاء بيمين واحدة من كل واحد من المتعاقدين، يجمع فيها بين النفي والإثبات، فيقول البائع: «ما بعتُ بخمسمئة وإنما بعت بألف»، ويقول المشتري: «ما اشتريت بألف وإنما اشتريت بخمسمئة».

ولو كان في يد رجلين دار فادعى كل واحد منهما أن جميعها له؛ فالنص أن كل واحد منهما يحلف على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده. فلو حلف أحدهما ونكل الآخر؛ فالحالف يحلف يميناً أخرى للإثبات.

وللأصحاب فيهما[3] طريقان:

أصحهما: تقرير النصين، والفرق: أن منفي كل واحد منهما في ضمن مثبته؛ لأن العقد واحد بالاتفاق، والتنازع في صفته، فكأن الدعوى واحدة؛ فجاز التعرض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات. وفي مسألة الدار منفي كل واحد منهما ممتاز عن مثبته؛ فلا معنى ليمينه على الإثبات قبل نكول صاحبه.

والثاني: التصرف بتخريج قول من مسألة الدار فيما نحن فيه. ووجهه الجَرْيُ على قياس الخصومات، فإن يمين الإثبات لا يبدأ بِهَا في غير القسامة[4]. وهل

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (بعوض).

(٢) في (ظ): (صيغتها).

(٣) في (ظ): (فيها).

(٤) القَسَامَة بالفتح: الأيمان، تُقْسَم على أولياء القتيل إذا ادَّعَوُا الدمَ. يقال: قُتِل فلانٌ بالقَسامةِ، إذا اجتمعت =

يتصرف[١] بتخريج قول ما نحن فيه في مسألة الدار أيضاً؟ قال كثيرون: نعم، حتى يكون فيهما قولان بالنقل والتخريج. وقال الشيخ أبو حامد[٢] والإمام[٣]: لا. وهو الحق؛ لأن كل واحد منهما لا يحتاج فيما في يده إلى الإثبات، واليمين على الإثبات يمين الرد، فكيف يحلف الأول يمين الرد وصاحبه لم ينكل بعد؟ وكيف يحلفها الثاني وقد حلف صاحبه؟

التفريع:

إن اكتفينا بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات؛ فإذا حلف أحدهما ونكل عن الثاني؛ قضي للحالف سواء نكل عن النفي والإثبات جميعاً أو عن أحدهما. والنكول عن البعض كهو عن الكل؛ فينبغي أن يقدم النفي على الإثبات؛ لأن النفي هو الأصل في الأيمان. وعن الإصطخري: أن الإثبات مقدم[٤]؛ لأنه المقصود. وهذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق؟ والأظهر: الأول. ونقل الإمام الثاني[٥].

وإن قلنا: يحلف أولاً على مجرد النفي؛ فلو أضاف إليه الإثبات؛ كان لغواً. وإذا حلف مَنْ وقعتِ البدايةُ به على النفي؛ عُرِضَتِ اليمينُ على الثاني. فإن نَكَلَ؛ حلف

= جماعة من أولياء القتيل، فادعَوا على رجلٍ أنه قتل صاحبَهم ومعهم دليلٌ دون البينة فحَلَفوا خمسين يميناً أن المدعى عليه قتل صاحبَهم. فهؤلاء الذين يُقسِمون على دعواهم يسَمَّوْنَ قَسَامَةً. انظر: «المصباح المنير»، مادة: قسم.

(١) في (ظ): (تفرق).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٧/ ٤٣٦).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٤٤-٣٤٧).

(٤) في (ظ): (يقدم).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٤٦).

الأول[١] على الإثبات وقضي له. وإن نكل عن الإثبات؛ لم يقضِ له لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه وكذبه فيما يدعيه.

ثم عن الشيخ أبي محمد: أنه كما لو تحالفا؛ لأن نكول المردود عليه عن يمين الرد نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكل أولاً. ولو نكل الأول عن اليمين[٢]؛ حلف الآخر على النفي والإثبات وقضي له.

ولو حلفا على النفي؛ فوجهان:

أصحهما ـ وبه قال الشيخ أبو محمد ـ: أنه يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحوِج إلى الفسخ جهالة الثمن، وقد حصلت.

والثاني: أنه تُعرض يمين الإثبات عليهما، فإن حلفا؛ تمَّ التحالف، وإن نكل أحدهما؛ قضي للحالف.

والقول في[٣] أنه يقدم يمين النفي أو الإثبات يقاس بما[٤] ذكرنا على تقدير الاكتفاء بيمين واحدة.

ولو عرضت اليمين عليهما فنكلا جميعاً؛ ففيه وجهان للإمام:

أحدهما: أن تناكلهما كتحالفهما، كما أنه إذا تداعى[٥] رجلان مولوداً؛ كان ذلك كتحالفهما.

---

(١) أي: حلف الأول يميناً ثانية.

(٢) أي: عن يمين النفي.

(٣) أي: على هذا القول المخرَّج.

(٤) في (ظ): (كما).

(٥) تداعى الناسُ على فلان: تألَّبُوا عليه، أي: اجتمعوا. «المصباح المنير»، مادة: دعو، وألب.

والثاني: أنه يوقف الأمر وكأنهما تركا الخصومة[1]. والله أعلم.

وقوله في الكتاب في المسألة الأولى: (وقيل: إنه يبدأ بالمشتري وهو مخرج)، إنما ذكَر ذلك؛ لأنه مأخوذٌ من نصه في الصداق. يجوز إعلام قوله: (وقيل)، في الموضعين بالواو؛ للطريق القاطعة بأن البداية بالبائع، وقوله: (فالبداية بالبائع)، معلم بالحاء. وقوله: (يبدأ بالمشتري)، بالألف. وقوله: (يتساويان)، بهما.

وقوله: (فيتقدم بالقرعة أو برأي القاضي)، ليس للتخيير، وإنما أراد به الوجهين اللذين قدمناهما. وقوله: (ويقدم النفي)، في المسألة الثانية، معلم بالواو، وقوله: (بل يحلف البائع على النفي) إلى آخره، مفرع على أن البداية بالبائع. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(أما حكمُ التَّحالف؛ فهو إنشاءُ الفَسخِ إذا استمرّا على النِّزاع، وفيه قولٌ مخرَّج: أنه يَنفسخ، ثم القاضي يفسَخُ أو من (و) أرادَ من المتعاقدين؟ فيه وجهان).

الفصل الثالث: في حكم التحالف وثمرته. إذا تحالف المتعاقدان؛ ففي العقد وجهان:

أحدهما: أنه ينفسخ كما ينفسخ النكاح بتحالف المتلاعنين، ولأن التحالف يحقق ما قالاه. ولو قال البائع: «بعت بألف»، فقال المشتري: «اشتريت بخمسمئة»: لم ينعقد، فكذلك هاهنا.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٥٠-٣٥١). وقال في «الروضة» (٣/ ٥٨٣): «قلت: هذان الوجهان ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه، وذكر أن أئمة المذهب لم يتعرضوا لهذه المسألة، ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقف لبعض المتقدمين. وقال الغزالي في «البسيط»: له حكم التحالف على الظاهر، والأصح اختيار التوقف. والله أعلم».

وأصحهما ـ وهو المنصوص ـ: أنه لا ينفسخ؛ لأن البينة أقوى من اليمين. ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله؛ لا ينفسخ العقد، فباليمين أولى أن لا ينفسخ.

التفريع:

إن قلنا بالأول[1]؛ فلو تقارا[2] على أحد اليمين[3]؛ لم يعد نافذاً، بل لا بد من تجديد عقد. وهل ينفسخ في الحال[4] أو[5] يتعين[6] ارتفاعه من أصله؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أولهما؛ لِنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف.

ويحكى الثاني عن أبي بكر الفارسي[7].

وإن قلنا بالأصح؛ فالحاكم يدعوهما بعد التحالف إلى الموافقة؛ فينظر: هل يعطي المشتري ما يقوله البائع من الثمن؟ فإن فعل: أجبر البائع عليه، وإلا نُظر: هل يقنع البائع بما يقوله المشتري؟ فإن فعل؛ فذاك، وإلا؛ فحينئذ يحتاج إلى فسخ العقد.

ومَنْ الذي يفسخه؟ فيه وجهان:

أحدهما: الحاكم، كالفسخ بالعُنّة؛ لأنه فسخ مجتهد فيه.

وأظهرهما: أن للمتعاقدين أيضاً أن يفسخا، ولأحدهما أن ينفرد به، كالفسخ بالعيب.

---

(١) أي: بالانفساخ.

(٢) أي: تصادقا بعده. وفي (ظ): (سفارا).

(٣) في (ظ): (الثمنين).

(٤) في (ط الفكر): (المال).

(٥) في (ز): (أم).

(٦) في (ظ) و(ز): (يتبين).

(٧) هو أبو بكر أحمد بن الحسين الفارسي الشافعي المتوفى سنة (٣٥٠هـ)، وهو صاحب «عيون المسائل».

قال الإمام: وإذا قلنا: الحاكم هو الذي يفسخ؛ فذاك إذا استمرا على النزاع ولم يفسخا أو التمسا الفسخ. فأما إذا أَعْرَضا[١] عن الخصومة ولم يَتَوافَقَا[٢] على شيءٍ ولا فسخا؛ ففيه تردد. ثم إذا فسخ العقد ارتفع في الظاهر.

وهل يرتفع في الباطن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأن سبب الفسخ تعذر إمضاؤه؛ لعدم الوقوف على الثمن، وأنه أمر يتعلق بالظاهر.

والثاني: نعم، كالفسخ يتعلق بالعيب.

والثالث: إن كان البائع صادقاً؛ فَنعَمْ، لتعذر وصوله إلى حقه، كما لو فسخ بإفلاس المشتري. وإن كان كاذباً؛ فلا يمكنه من الوصول إلى ما ثبت له[٣].

وهل يجري مثل هذا الخلاف إذا فرَّعنا على انفساخ العقد بنفس التحالف أم يجزم بالارتفاع باطناً[٤] أيضاً؟ اختلفوا فيه. وإذا قلنا بالارتفاع باطناً؛ ترادَّا وتصرف كل واحد منهما فيما عاد إليه. وإن منعناه؛ لم يجز لهما التصرف، لكن لو كان البائع صادقاً فقد ظفر بمال من ظلمه لَمَّا استرد المبيع، فله بيعه إما بالحاكم في أحد[٥] الوجهين، أو بنفسه في أصحهما، واستيفاء حقه من ثمنه.

واعلم أن جميع ما ذكرناه مفرغ في قالب واحد؛ وهو أن يكون اختلافهما في قدر الثمن.

---

(١) في (ز) و(ط الفكر): (أعرضنا).

(٢) أي: لم يتفقا.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٥٣-٣٥٤).

(٤) في (ز): (باطلًا).

(٥) في (ز): (أصح).

وللإمام عبارة نحو[١] هذه الصورة وسائر صور الاختلاف؛ وهي أن الفسخ إن صدر من المحق؛ فالوجه تنفيذه باطناً، وإن صدر من المبطل؛ فالوجه منعه، وإن صدر منهما جميعاً، فلا شك في الانفساخ باطناً. وليس ذلك موضع الخلاف[٢].

قال المصنف في «الوسيط»[٣]: كما لو تقايلا. وإذا صدر من المبطل ولم ينفذه باطناً؛ فطريق الصادق إنشاء الفسخ، إن[٤] أراد الملك فيما عاد إليه. وإن صدر من القاضي؛ فالظاهر الانفساخ باطناً؛ لينتفع به المحق. والله أعلم.

قال:

(ثم يردُّ عينَ المبيعِ عندَ التفاسخِ إن كانَ قائماً، وإلا فقيمتَه عندَ التَّلفِ اعتباراً بقيمتِه يومَ التَّلف؛ على الأصحّ. وقيل: يُعتبرُ يومَ القبض. ولو كانَ المبيعُ عبدَينِ وتلفَ أحدُهما؛ ضُمَّ قيمةُ التّالفِ إلى القائم. ولو كانَ تعيَّبَ في يدِه؛ ضُمَّ أرشُ العيبِ إليه. وإن كانَ آبقاً أو مكاتباً أو مرهوناً أو مكرًى: غرمَ القيمة. وإذا ارتفعَت الموانع؛ ففي ردِّ العينِ واستردادِ القيمةِ خلاف).

إذا انفسخ المبيع بالتحالف أو فسخ، فعلى[٥] المشتري رد المبيع إن كان قائمًا

---

(١) في (ظ): (يجري).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٥٤).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٢١٣) (٧/ ٤٣٦-٤٣٧).

(٤) هكذا في «الروضة» (٣/ ٥٨٤)، وفي (ط الفكر): (فطريق الصادق أثناء الفسخ وإن)، وفي (ز): (فطريق الصادق إنشاء الفسخ وإن).

(٥) سقط من (ظ).

بحاله؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا»، ويسلم له الولد والثمرة والكسب والمهر.

وإن كان تالفاً؛ فعليه قيمته سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع أو أقل[1]. وفي القيمة المعتبرة وجوه، وقال الإمام[2]: أقوال:

أصحها ـ عند المصنف ـ: أن الاعتبار بقيمة يوم التلف؛ لأن مورد الفسخ العينُ لو بقيت. والقيمة خلف عنها، فإذا فات الأصل؛ فحينئذ ينظر إليها.

والثاني: أنه يعتبر قيمة يوم القبض؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه. ثم ما يعرض من زيادةٍ أو نقصان فهو في ملكه، ولم يذكر في الكتاب سوى هذين.

والثالث: أنه يعتبر أقل القيمتين؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل؛ فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل؛ فهو يوم دخوله في ضمانه. وقد ذكرنا نظير هذه الثلاثة في القيمة التي نعتبرها لمعرفة الأرش.

والرابع: وقد أورده مع الأول في «التهذيب»[3]: أن الاعتبار بأقصى[4] القيم من يوم القبض إلى يوم التلف؛ لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم. قال الشيخ أبو علي: هذا الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه؟ إن قلنا بالأول؛ فالواجب أقصى القيم. وإن قلنا بالثاني؛ اعتبرنا قيمة يوم التلف.

ولو اشترى عبدين وتلف أحدهما ثم اختلفا وتحالفا، هل يرد العبد الباقي؟ فيه

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٨٤): «قلت: وفي وجه ضعيف لابن خيران: لا يستحق البائع زيادة على ما ادعاه. والله أعلم».

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٣٥٨).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٠٩).

(٤) أي: بأكثر.

الخلاف المذكور في مثله. وإذا وجد الباقي معيباً؛ إن قلنا: يرد؛ فيضم قيمة التالف إليه، وفي القيمة المعتبرة الأوجه.

ولعل باحثاً يقول: لِـمَ كان الأصح هاهنا غير الأصح في القيمة المعتبرة لمعرفة الأرش؟

والجواب: يجوز أن يكون السبب فيه ما أشار إليه الإمام؛ وهو أن النظر إلى القيمة تَمَّ ليس ليغرم، ولكن ليعرفَ منها الأرش الذي هو جزءٌ من الثمن. وكذلك العوض[١] فيما إذا تلف أحد العبدين، ووجد عيباً بالباقي وجوزنا إفراده بالرد؛ يوزع الثمن على قيمة التالف والباقي، وهاهنا المغرم[٢] القيمة؛ فكان النظر إلى حالة الإتلاف أليق.

وإن كان المبيع قائمـاً إلا أنه قد تعيّب؛ ردَّه مع الأرش، وهو قدر ما نقص من القيمة؛ لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة؛ فيكون البَعْضُ مضموناً ببعض القيمة، بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع وأفضى الأمر إلى الأرش؛ يجب جزء من الثمن؛ لأن الكل مضمون على البائع بالثمن؛ فكذلك البعض.

قال الشيخ أبو علي: وهذا أصل مطرد في المسائل: أن كل موضع لو تلف الكل كان مضموناً على الشخص بالقيمة، فإذا تلف البعض كان مضموناً عليه ببعض القيمة، كالمغصوب وغيره، إلا في صورةٍ؛ وهي: أنه إذا عجَّل زكاة ماله ثم تلف ماله قبل الحول وكان ما عجل تالفاً؛ يغرم المسكين القيمة، ولو كان معيباً؛ ففي الأرش وجهان.

---

(١) في (ظ) و(ز): (العرض).

(٢) في (ز): (المغروم).

وهذه المسألة قد بيناها في موضعها[1]. وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها.

ثم التلف قد يكون حقيقيّاً[2]، وقد يكون حكميّاً، كما لو كان المشتري قد وقف المبيع أو أعتقه أو باعه أو وهبه وأقبضه؛ فتجب القيمة. وهذه التصرفات ماضية على الصحة. وعن أبي بكر الفارسي: أنه يتبين بجريان التحالف فسادها وترد العين.

والتعيب أيضاً قد يكون حقيقيّاً وقد يكون حكميّاً، كما لو زوج الجاريةَ المبيعةَ أو العبد المبيع؛ فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية، وتعود إلى البائع والنكاح بحاله[3]. وعن الفارسي: أنه يبطل النكاح أيضاً. ومهما اختلفا في قدر القيمة أو الأرش؛ فالقول قول المشتري؛ لأنه الغارم.

ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا: لم يمتنع الفسخ؛ فإن الإباق لا يزيد على التلف، ويغرم المشتري قيمته؛ لتعذر الوصول إليه. وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة. ولو رهنه: فالبائع بالخيار بين أخذ القيمة وبين الصبر إلى انفكاك الرهن. ولو آجَرَهُ؛ فيبنى على أن بيع المستأجر هل يجوز؟ إن قلنا: لا؛ فهو كما لو رهنه. وإن قلنا: نعم؛ فللبائع أخذه، لكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المسماة للمشتري، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية. وإن كان قد آجره من البائع؛ فله أخذه[4] لا محالة.

وفي انفساخ الإجارة وجهان كما لو باع الدار المكراة من المكتري[5]؛ إن قلنا:

---

(١) أي: في كتاب الزكاة. كما في «الروضة» (٣/ ٥٨٥).

(٢) قوله: (قد يكون حقيقياً) سقط من (ظ).

(٣) أي: النكاح صحيح كما في «الروضة».

(٤) في (ظ): (أجره).

(٥) أي: لمستأجرها.

لا ينفسخ؛ فعلى البائع المسمى للمشتري، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبائع.

وإذا غرم القيمة في هذه الصورة ثم ارتفع السبب الحائل وأمكن الرد، هل تسترد القيمة وترد العين؟ يبنى ذلك على أنه قبل ارتفاع الحائل ملك من؟

أما الآبق؛ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبقى للمشتري. والفسخ لا يَرِدُ على الآبق، كالمبيع[1]، وإنما هو وارد على القيمة.

وأصحهما: أنه في إباقه ملك للبائع، والفسخ وارد عليه، وإنما وجبت القيمة للحيلولة.

وأما المرهون والمكاتب ففيهما طريقان:

أحدهما: طرد الوجهين.

وأظهرهما ـ وبه قال الشيخ أبو محمد ـ: القطع ببقاء الملك للمشتري، كما أن المشتري إذا أفلس بالثمن والعبد آبق، يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه. ولو كان مرهوناً أو مكاتباً ليس له ذلك.

وأما المكرى[2] إذا منعنا بيعه؛ فهو كالمرهون والمكاتب أو[3] الآبق؛ لأن حق المكرى يتعلق بمورد البيع والفسخ وهو الرغبة؟ فيه احتمالان للإمام[4]. فإذا قلنا ببقاء الملك للمشتري، فالفسخ وارد على القيمة، كما في صورة التلف؛ فلا رد ولا استرداد.

---

(١) أي: كما لا يباع.

(٢) أي: المستأجر.

(٣) في (ط الفكر): (و).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٦١).

وإن قلنا بانقلابه إلى البائع؛ ثبت الرد والاسترداد عند ارتفاع الحيلولة. والله أعلم.

ونختم الباب بفروع:

أحدها: لو اختلف المتبايعان ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد المبيع؛ إن لم يكن الأمر كما قال؛ فلا يعتق العبد في الحال؛ لأنه ملك المشتري، وهو صادق بزعمه. ثم إن فسخ العقد أو عاد العبد إلى البائع بسبب آخر؛ عتق عليه؛ لأن المشتري كاذب بزعمه والعبد قد عتق عليه، فهو كمن أقر بحرية العبد ثم اشتراه. ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذباً، ويعتق على المشتري إن كان صادقاً، وولاء هذا العبد موقوفٌ لا يدعيه البائع ولا المشتري. ولو صدّق المشتري البائع؛ حكم بعتقه عليه. ويرد الفسخ إن تفاسخا، كما لو رد العبد بعيب ثم قال: «كنت أعتقته»؛ يرد الفسخ ويحكم بعتقه. ولو صدق البائع المشتري؛ نُظر: إن حلف البائع بالحرية أولاً ثم المشتري، فإذا[1] صدقه البائع عقب يمينه ثم عاد العبد إليه: لم يعتق؛ لأنه لم يكذب المشتري بعد ما حلف بالحرية حتى يجعل مقرّاً بعتقه. وإن حلف المشتري بحريته أولاً، ثم حلف البائع ثم صدقه: عتق إذا عاد إليه؛ لأن حلفه بعد حلف المشتري تكذيب له وإقرار بالحرية عليه. ولو كانت المسألة بحالها لكن المبيع بعض العبد، فإذا عاد إلى ملك البائع: عتق ذلك القدر عليه ولم يقوّم عليه الباقي؛ لأنه لم يحصل العتق بمباشرته، بل بإقراره على غيره؛ فصار كما لو خلف ابنين وعبداً، فقال أحدهما: «أعتقَ أبي هذا العبد» وأنكره الآخر؛ يعتق نصيب المقر ولا يقوّم عليه الباقي. وهذا الفرع من مولدات ابن الحداد، رحمه الله.

[الفرع] الثاني: إذا جرى البيع بين وكيلين واختلفا؛ ففي تحالفهما وجهان:

---

(١) من قوله: (يحكم بعتقه) إلى هنا سقط من (ظ).

وجه المنع: أن غرض اليمين ليَخافَ الظالـم فيقرّ، وإقـرار الوكيل على موكلـه غير مقبول[١].

[الفرع] الثالث: لو كان الـمبيع جارية ووطئها الـمشتري ثم اختلفا وتحالفا؛ إن كانت ثيباً؛ فلا شيء عليه مع ردها، وإن كانت بكراً: ردها مع أرش البكارة؛ لأنه نقصان جزء.

وإذا ترافع المتنازعان إلى مجلس الحكم ولم يتحالفا بعدُ، فهل للمشتري وطء الجارية؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم؛ لبقاء ملكه. وبَعْدَ التحالفِ وقبلَ الفسخ وجهان مرتبان. وأولى بالتحريم؛ لإشرافه على الزوال.

[الفرع] الرابع: لو تقايل[٢] المتبايعان أَوْ رد المشتري المبيع بعيب بعد قبض البائع الثمن واختلفا في قدر الثمن؛ فالقول قول البائع[٣] مع يمينه؛ لأن العقد قد ارتفع والمشتري يدعي زيادةً، والأصل عدمها[٤]. والله أعلم.

---

(١) قال في «الروضة» (٣/ ٥٨٧): «قلت: ينبغي أن يكون الأصح التحالف، وفائدته الفسخ، أو أن ينكل أحدهما، فيحلف الآخر ويقضى له إذا قلنا: حلفُه مع النكول كالبينة. والله أعلم».

(٢) في الأصل: (تقابل).

(٣) لأنه غارم.

(٤) قال في «الروضة» (٣/ ٥٨٨-٥٨٩): «قلت: ولو قال البائع: بعتك الشجرة بعد التأبير، فالثمرة لي. فقال المشتري: بل قبله فلي، فالقول قول البائع، لأن الأصل بقاء ملكه. ولو اشترى عبدين فتلف أحدهما، ووجد بالآخر عيباً فرده، وقلنا: يجوز رد أحدهما، فاختلفا في قيمة التالف، فالقول قول البائع على الأظهر، لأنه ملك الثمن فلا يزال ملكه إلا عما يقرّ به. والثاني: قول المشتري كالغارم. وذكر في «التتمة» وجهاً: أنهما إذا اختلفا في صفة البيع لا يتحالفان، بل القول قول البائع، لأن الصفة المشروطة تلحقه بالعيب، فصار كدعواه عيباً. ولو اختلفا في وقت وجود العيب: كان القول قول البائع. والصحيح: أنهما يتحالفان، كما سبق. وبه قطع الأصحاب. قال في «التتمة»: ولو اختلفا في انقضاء الأجل، حكى =

= عن نصه: أن القول قول البائع. قال أصحابنا: صورة المسألة في السلَم، لأن الأجل في السلم حق البائع. فإذا ادعى المسلم انقضاءً، فقد ادعى استحقاق مطالبة. والبائع المسلَم إليه ينكرها، فالقول قوله. ولأن اختلافهما في انقضاء الأجل مع اتفاقهما على قدره اختلاف في تاريخ العفو، فكان المسلم يدعي وقوعه في الشهر، والمسلم إليه ينكره. فلو اختلفا في أصل العقد، كان القول قول منكره، فكذا هنا. وأما في باب الشراء، فالأجل حق المشتري، فالقول قوله، لما ذكرنا من العلتين. فلو باع شيئاً ومات فظهر أن المبيع كان لابن الميت، فقال المشتري: باعه عليك أبوك في صغرك لحاجة، وصدّقه الابن أن الأب باعه في صغره، لكن قال: لم يبعه عليَّ، بل باعه لنفسه متعدياً، قال الغزالي في «الفتاوى»: القول قول المشتري، لأن الأب نائب الشرع، فلا يُتَّهَمُ إلا بحجة، كما لو قال: اشتريت من وكيلك. فقال: هو وكيلي، ولكن باع لنفسه، فالقول قول المشتري. والله أعلم».


كتاب السلم والقرض



قال[١] رحمه الله:

(كتابُ السَّلَمِ والقَرض.

وفيه بابان:

الأول[٢]: في شرائطِه

والمتَّفق عليه منها خمسة: الأول: تسليمُ رأسِ المالِ في المجلس؛ جبراً للغَررِ في الجانبِ الآخر. ولو كانَ في الذِّمّةِ فعُيِّنَ في المجلس؛ فهو كالتَّعيينِ في العقد. وكذلك في الصَّرف. وفي مثلِ ذلك في بيعِ الطّعامِ بالطّعامِ خلاف. ومهما فسخ السلم استرد عين رأس المال، وإن كانَ قد عُيّنَ بعدَ العَقد؛ على الأصحّ).

قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآية. وعن ابن عباس رضي الله عنهما: أن المراد منه السلم[٣]، وروي: أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين، وربما[٤] قال: والثلاث، فقال: «مَن أسلفَ فليسلفْ في كيلٍ معلوم ووزن معلوم إلى أجَلٍ معلوم»[٥].

---

(١) في (هـ): (بسم الله الرحمن الرحيم. قال قدس الله روحه) وبهذه الكلمة بدأت النسخة الأزهرية المرموزة بحرْف (هـ) من الصفحة الأولى من خلفها، وفي نسخة (ز): (قال رحمه الله).

(٢) في (هـ): (الباب الأول).

(٣) رواه الشافعي بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنهما في «الأم» (٣/ ٩٣-٩٤)، بلفظ: «السلف» بدل: «السلم»، وقال: «والسلم السلف، وبذلك أقول». والبيهقي (٦/ ١٨)، في البيوع باب جواز السلف المضمون بالصفة بإسناد صحيح.

(٤) في (ظ): (وزناً)، وهو تحريف.

(٥) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٥٠٠-٥٠١)، في السلم، باب السلم في كيل معلوم، برقم (٢٢٣٩)، وباب السلم في وزن معلوم، برقم (٢٢٤٠). ومسلم (٣/ ١٢٢٦)، برقم (١٦٠٤)، في المساقاة، باب =

وجمع في هذا الكتاب بين السلم والقرض؛ لتقاربهما واشتراكهما لفظاً ومعنًى؛ أما اللفظ؛ فلأن كل واحد منهما يسمى سلفاً. وأما المعنى؛ فلأن كل واحد منهما: إثبات مالٍ في الذمة بمبذول[١] في الحال.

وذكروا في تفسير السلم عبارات متقاربة:

منها: أنه عقد على موصوف في الذمة ببدلٍ يعطى عاجلاً.

ومنها: أنه إسلاف عوض حاضر في عوض موصوف في الذمة.

ومنها: أنه تسليم عاجل في عوض لا يجب تعجيله.

واعلم أن السلم بيعٌ على ما مر. وقد سبق القول فيما يعتبر لصحة البيع. والسلم يختص بأمور، عقد الباب الأول لبيانها، وإنما قال: (والمتفق عليه منها خمسة)؛ لأن معظم الأئمة جعلوا شرائط السلم سبعاً، وضمُّوا إلى الخمس العلم بقدر رأس المال وبيان موضع التسليم، وفيهما اختلاف قول، كما سيأتي، وقد أدرجهما[٢] حجة الإسلام[٣] في أثناء الكلام، لكن لم يفردهما بالترجمة. وقد تعد أكثر من السبع. وحقيقة الأمر في مثل ذلك لا تختلف.

الشرط الأول: تسليم رأس المال في مجلس العقد. واحتُجَّ لاشتراطه بأن المسلم

= السلم، وكلاهما من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بألفاظ، وفي لفظ البخاري: «يسلفون في الثمر» و:«يسلفون بالتمر» و:«من سلَّف في تَـمْر» و:«من أسلف في شيءٍ»، ومن ألفاظ مسلم: «يسلفون في الثمار» و:«من أسلف في تمر فليسلف»، والشافعي في «مختصر المزني»، ص٩٠، وفي «الأم» (٣/ ٩٤) قريباً من لفظ الرافعي.

(١) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (مبذول).

(٢) في (هـ): (أدرجها).

(٣) في (ظ): (أدرجهما المصنف رحمه الله).

فيه دينٌ في الذمة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك في معنى بيع الكالئ[١] بالكالئ؛ لأن تأخير التسليم نازل منزلة الدينية في الصرف وغيره.

وقوله في الكتاب: (جبراً في الجانب الآخر)، أراد به أن الغرر في المسلَم فيه احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل؛ كي لا يعظم الغرر في الطرفين.

إذا تقرر ذلك، فلو تفرقا قبل قبض رأس المال؛ بطل العقد. وبه قال أبو حنيفة[٢] وأحمد[٣].

وقال مالك[٤]: إن تأخير التسليم مدة يسيرة[٥] كاليوم واليومين لم يضر، وإن تأخر مدة طويلة: بطل العقد.

ولو تفرقا قبل تسليم بعضه: بطل العقد فيما لم يقبض، وسقط بسقطه من المسلم فيه. والحكم في المقبوض كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض. ويجوز أن يجعل رأس المال منفعة عبدٍ أو دارٍ معلومة وتسليمها بتسليم العين.

ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد. ولو قال: «أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا» ثم عين وسلم في المجلس؛ جاز. وكذلك في الصرف[٦]. ولو باع ديناراً

---

(١) وهو بيع النسيئة بالنسيئة المنهي عنه. «المصباح المنير»، مادة: كلأ.

(٢) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٢).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٣٠٤).

(٤) قال في «القوانين الفقهية» ص١٧٧: «ويجوز تأخير رأس المال لغير شرط، ويجوز بشرط ثلاثة أيام ونحوها».

(٥) قوله: (مدة يسيرة) سقط من (هـ).

(٦) قوله: (في الصرف) سقط من (ظ).

بدينار أو بدراهم في الذمة ثم عين وسلم في المجلس؛ جاز. ولو باع طعاماً بطعام في الذمة ثم عين وسلم في المجلس؛ فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصرف، فإن الأمر في النقود أهون؛ ولهذا يكفي في العروض.

والثاني: الجواز، ويصفه كما يصف المسلم فيه. والأشبه بكلام الشيخ أبي علي والأئمة أن هذا أظهر. وظني أنه تقدم ذكر هذا الخلاف أو نظيره.

ولو قبض رأس المال ثم أودعه المسلم إليه قبل التفرق: جاز. ولو رده عليه بدين كان له عليه؛ قال أبو العباس الروياني: لا يصح؛ لأنه تصرف فيه قبل انبرام ملكه عليه.

فإذا تفرقا؛ فعن بعض الأصحاب: أنه يصح السلم بحصول القبض وانبرام الملك ويستأنف إقباضه للدين.

ولو كان له في ذمة الغير دراهم فقال: «أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك في كذا»؛ نُظر: إن شرط الأجل فيه؛ فهو باطل؛ لأنه بيع الدين بالدين. وإن كان حالّاً ولم يسلم المسلم فيه قبل التفرق؛ فكمثل[1]. وإن أحضره وسلَّمه؛ فوجهان:

أحدهما: يصح، كما لو صالح من تلك الدراهم على دنانير وسلمها في المجلس.

وأظهرهما: المنع؛ لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط، وإن كان السلم حالّاً؛ فلو وجد لكان متبرعاً به. وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات، ألا ترى أنه لو باع طعاماً بطعام إلى أجل ثم تبرعا بالإحضار لم يجز؟

---

(١) أي: يبطل مثل ما في المثال الأول.

وأطلق صاحب «التتمة» الوجهين في أن تسليم المسلم فيه[١] في المجلس وهو حالّ، هل يغني عن تسليم رأس المال؟ والأظهر المنع.

ولا يجوز أن يحيل المسلِمُ برأس المال على غيره وإن قبضه المسلم إليه من المحال عليه في المجلس؛ لأن بالحوالة يتحول الحق إلى ذمة المحال عليه، فهو يؤديه من جهة نفسه لا من جهة المسلم. ولو قبضه المسلم وسلمه إلى المسلم إليه: جاز. ولو قال للمحال عليه[٢]: «سلّمه[٣] إليه» ففعل؛ لم يكفِ لصحة السلم؛ لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً للغير، لكن يجعل المسلم إليه وكيلاً عن المسلم في قبض ذلك. ثم السلم يقتضي قبضاً ولا يمكنه أن يقبض من نفسه. ولو أحال المسلم إليه برأس المال الذي[٤] على المسلم فتفرقا قبل التسليم؛ فالعقد باطل، وإن جعلنا الحوالة قبضاً؛ لأن المعتبر في السلم القبض الحقيقي. ولو أحضر رأس المال فقال المسلم إليه: «سلمه إليه» ففعل؛ صح. ويكون المحتال وكيلاً عن المسلم إليه في القبض.

ولو كان رأس المال دراهم في الذمة، فصالح عنها على مال؛ لم يصح، وإن قبَض ما صالح عليه، ولو كان عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض: لم يصح إن لم نصحح إعتاق المشتري قبل القبض. وإن صححناه؛ فوجهان. وجه الفرق: أنه لو نفذ لصار قابضاً من طريق الحكم، وأنه غير كاف في السلم، بدليل الحوالة. فعلى هذا[٥]: إن تفرقا قبل قبضه: بطل العقد، وإن تفرقا بعده: صح، وفي نفوذ العتق وجهان.

---

(١) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (إليه).

(٢) سقط من (ظ).

(٣) في (ظ): (سلمته)، وفي (ز): (سلمته إليك).

(٤) سقط من (ظ) و(هـ) و(ز).

(٥) أي: إن صححنا.

ومتى فُسِخ السلم بسببٍ يقتضيه وكان رأس المال معيناً في ابتداء العقد وهو باق: رجع المسلم إليه[١]. وإن كان تالفاً: رجع إلى بدله؛ وهو المِثْل أو القيمة. وإن كان رأس المال موصوفاً في الذمة ثم عجل[٢] في المجلس وهو باق، فهل له المطالبة بعينه أم للمسلم إليه الإتيان بدله؟ فيه وجهان:

وجه الثاني: أن العقد لم يتناول تلك[٣] العين.

ووجه الأول ـ وهو الأصح ـ: أن المعين في المجلس كالمعين في العقد.

فرع: وإذا وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه واختلفا، فقال المسلم: «أقبضتُـكَه بعد التفرق»، وقال المسلَم إليه: «قبلَه» وأقام كل واحد منهم بينة على ما قاله؛ فبينةُ المسلَم إليه أولى؛ لأنها ناقلة. يحكى ذلك عن ابن سريج. والله أعلم.

قال:

(وأصحُّ القولَينِ (و)، وهو اختيارُ المزنيّ: أن رأسَ المالِ إن كانَ جزافاً غيرَ مقدّرٍ جازَ العَقدُ (م أ ح)، كما يجوزُ في البَيع، وكما يجوزُ مع الجهلِ بقيمتِه).

عرفت أن رأس المال يجوز أن يكون في الذمة، ثم يسلم في المجلس، ويجوز أن يكون معيناً في العقد. فعلى التقدير الأول: لا بدّ من معرفة قدره وذكر صفاته إذا كان عرضاً. وعلى التقدير الثاني: هل تكفي معاينته؟ فيه قولان:

---

(١) أي: رجع المشتري بعينه.

(٢) أي: عيّن.

(٣) في (ط الفكر): (الملك)، وهو خطأ.

أحدهما: لا، بل لا بد من بيان صفاته ومعرفة مقداره بالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والزرع في المزروعات؛ لأنه أَحَدُ العوضين في السلم؛ فلا يجوز أن يكون جزافاً كالعوض الثاني. وأيضاً فإن السلم لا يتم في الحال، وإنما هو عقدٌ منتظَر تمامُه بتسليم المسلم فيه. وربما ينقطع ويكون رأسُ المال تالِفاً، فلا يدري إلى ماذا يقع الرجوع. وبهذا القول قال مالك[١] وأحمد[٢] واختاره أبو إسحاق[٣].

وأصحهما ـ وبه قال المزني ـ: أن المعاينة كافية كما في البيع[٤]، واحتمال الفسخ ثابت في البيع، كما في السلم، هذا في المثليات.

ولو كان رأس المال متقوماً[٥] وضبطت صفاته بالمعاينة؛ ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان: منهم من طرد القولين. والأكثرون قطعوا بصحة[٦] السلم.

ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل. ومنهم من خصص القولين بالسلم المؤجل. وقطع في الحال بأن المعاينة كافية كما في البيع. ثم موضع القولين ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة. أما إذا علما[٧] ثم تفرقا؛ فلا خلاف في الصحة. وبَنَى كثير من الأصحاب على هذين القولين أنه هل يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يجوز السلم فيه[٨]؟ إن قلنا بالأصح؛ فيجوز، وإلا؛ فلا. قال الإمام: وليس ذلك على

---

(١) «القوانين الفقهية» لابن جزي ص١٧٧.

(٢) «كشاف القناع» (٣/ ٣٠٤-٣٠٥).

(٣) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧٨).

(٤) قوله: (كما في البيع) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٥) في (هـ): (موصوفاً).

(٦) أي: بعدم الاشتراط.

(٧) في (هـ): (علم).

(٨) كالجوهرة.

هذا الإطلاق، بل الدرة[١] الثمينة إذا عرفا قيمتها وبالغا في وصفها؛ وجب أن يجوز جعلها رأس مال؛ لأن منع السلم فيها من الإعزاز[٢] في الوصف يشبه عِزَّة الوجود، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال. وإذا جوزنا السلم ورأس المال جزاف ثم اتفق الفسخ وتنازعا في قدره؛ فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه غارم[٣].

وقوله في الكتاب: (وأصح القولين)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن السلم إما حال أو مؤجل. أما الحال؛ ففيه طريقة قاطعة بالصحة، وأما المؤجل؛ ففي كتاب القاضي ابن كج طريقة قاطع بالمنع.

وقوله: (جاز العقد)، معلم بالميم والألف، ويجوز إعلامه بالحاء أيضاً؛ لأن عنده[٤] إن كان رأس المال مكيلًا أو موزوناً؛ وجب ضبط صفاته وإن كان[٥] مذروعاً أو معدوداً؛ فلا يجب.

وقوله: (وكما يجوز مع الجهل بقيمته)، جواب على طريقة الأكثرين.

---

(١) في (هـ): (الذرة). قلت: والدرة بمعنى الجوهرة.

(٢) في (ظ) و(هـ): (فيها مع الإغراق)، في (ط الفكر) و(ز): (الإعزار).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٣٥). وقال في «الروضة» (٤/ ٦): «قلت: إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير، حمل على غالب نقد البلد. فلو استوت: لم يصح حتى يبين، كالثمن في البيع. والله أعلم»، قلت: ويختلف موضوع الرافعي مع تعليق النووي في زياداته.
أقول: لأن تعليق النووي على ما تقدّم كلّه، وليس على قوله «لأنه غارم» فلا يختلف. (م ع).

(٤) اشترط الحنفية بيان جنس رأس السلم ونوعه وصفته. وقالوا في بيان قدره: إذا كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة، ولا يكتفى بالإشارة إليه. وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثوري وأحد قولي الشافعي. وقال أبو يوسف ومحمد: ليس بشرط. والتعيين بالإشارة كاف. وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله. ولو كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات المتقاربة، لا يشترط إعلام قدره، ويكتفى بالإشارة بالإجماع، وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والإشارة كافية بالإجماع. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠١).

(٥) من قوله: (رأس المال) إلى هنا سقط من (هـ).

قال رحمه الله:

(الشَّرط الثاني: أن يكونَ الـمُسلَمُ فيه دَيناً. فلا يَنعقدُ في عين؛ لأن لفظَ السَّلَمِ للدَّين. وهل ينعقدُ بيعاً؟ فيه قولان. وكذلك لو قال: بعتُ بلا ثمن؛ هل ينعقدُ هبةً؟ والأصحُّ الإبطال؛ لتهافتِ اللَّفظ. ولو أسلمَ بلفظِ الشِّراء: انعقد. وهل ينعقدُ سلَماً ليجبَ تسليمُ رأسِ المالِ في المجلس؟ فعلى وجهَين، منشَؤُهما تقابلُ النَّظرِ إلى اللَّفظِ والمعنى).

يشترط في المسلم فيه أن يكون ديناً؛ لأن لفظ السلف والسلم موضوع للدين. ولو استعمل لفظ السلم في العين، فقال: «أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد»؛ فليس ما جاء به سلماً. وفي انعقاده بيعاً قولان:

أحدهما: ينعقد؛ نظراً إلى المعنى.

وأظهرهما: لا؛ لاختلاف[1] اللفظ.

ولو قال: «بعت هذا بلا ثمن أو على أن[2] لا ثمن لي عليك»، فقال: «اشتريت»، وقبضه هل يكون هبة؟ فيه مثل هذين القولين عن رواية القاضي[3]، وهل يكون المقبوض مضموناً على القابض؟ فيه وجهان. ولو قال: «بعت هذا»، ولم يتعرض للثمن أصلاً؛ لم يكن ذلك تمليكاً. والمقبوض مضمون. ومنهم من طرد فيه الوجهين.

---

(١) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (لاختلال).

(٢) قوله: (على أن) سقط من (هـ).

(٣) هو القاضي الحسين.

ولو أسلم بلفظ الشراء فقال: «اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا بهذه الدراهم»، فقال: «بعته منك»؛ انعقد؛ لأن كلَّ سلمٍ بيعٌ، فإذا استعمل لفظ البيع فيه فقد استعمله في موضعه، بخلاف استعمال لفظ السلَم في البيع؛ إذ لَيْسَ كلُّ بيع بسلمٍ. وإذا انعقد فهو سلم اعتباراً بالمعنى أو بيع اعتباراً باللفظ؟ فيه وجهان، الأصح ـ على ما ذكره صاحب «التهذيب»[1] وغيره ـ: أن الاعتبار باللفظ.

فعلى هذا: لا يجب تسليم الدراهم في المجلس، ويثبت فيه خيار الشرط. وهل يجوز الاعتياض عن الثوب؟ فيه قولان، كما في الثمن. ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنه مقصود الجنس كالمبيع. وفي الأثمانِ الغالبُ قصدُ المالية، لا قصد الجنس.

وإن قلنا: الاعتبار بالمعنى، وهو الصحيح عند ابن الصباغ؛ فهو سلمٌ يجب[2] تسليمُ الدراهم في المجلس، ولا يثبت[3] فيه خيار الشرط، ولا يجوز الاعتياض عن الثوب. ولو قال: «اشتريت ثوباً صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي»؛ فإن جعلناه سلماً؛ وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس. وإن جعلناه بيعاً؛ لم يجب. والله أعلم.

قال:

(ولا يُشترطُ (ح) في المسلَمِ فيه كونُه مؤجّلاً. ويصحُّ سلمُ الحال (ح م)، ولكن يُصرَّحُ بالحلول. فإن أطلق فهو محمولٌ على الأجلِ[4]؛ لاقتضاءِ العادةِ الأجل[5]. فإن أطلقَ ثم ذكرَ الأجلَ قبلَ التَّفرُّق: جاز. نصّ عليه).

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٧٠).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (حتى يجب).

(٣) في (ز): (ولا يجب).

(٤) في (هـ): (فهو مجهول على النص)، وفي (ز): (محمول على النص).

(٥) في (هـ): (للأجل).

السلم الحالُّ صحيح؛ خلافاً لأبي حنيفة[١] ومالك[٢] وأحمد[٣].

لنا: أن في الأجل ضرباً من الغرر؛ لأنه ربما يقْدر في الحال، ويَعجز عند المحل[٤]. فإذا جاز مؤجلاً؛ فهو حالّاً[٥] أجوز، وعن الغرر أبعد.

إذا عرف ذلك، فلو صرح بالحلول أو التأجيل؛ فذاك. وإن أطلق؛ فوجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: أن العقد يبطل؛ لأن مطلق العقود يحمل على المعتاد، والمعتاد في السلم التأجيل، وإذا كان كذلك؛ فيفسد ويكون كما لو ذكر أجلاً مجهولاً.

والثاني: يصح ويكون حالّاً، كالثمن في البيع المطلق. وبالوجه الأول أجاب صاحب الكتاب، لكن الأصح عند الجمهور هو الثاني، وبه قال في «الوسيط»[٦]. وفي بعض نسخ الكتاب بدل قوله: (فهو مجهول على النص)[٧]: (فهو محمول على الأجل[٨])، وهما متقاربان[٩] في الغرض. وأما النص؛ فيمكن تنزيله على ما حكِي عن الشافعي رضي الله عنه: أنه قال: ويذكره حالّاً أو مؤجلاً. فاعتُبر ذكر الحلول كالتأجيل.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٢).

(٢) «حاشية الدسوقي» مع «الشرح الكبير» (٣/ ٢٠٥-٢٠٦).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٩٩).

(٤) في (هـ): (الأجل).

(٥) في (هـ): (حال).

(٦) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٢٥).

(٧) في (هـ): (الأجل).

(٨) في (هـ): (النص).

(٩) في (ظ): (على الأجل فهو مجهول على النص وهما متقاربان).

ولو أطلقا العقد ثم ألحقا به أجلاً في مجلس العقد؛ فالنص لحوقهُ، وهو المذهب، ويجيء فيه الخلاف الذي تقدم في سائر الإلحاقات. ولو صرحا بالتأجيل في متن العقد ثم أسقطاه في المجلس؛ سقط، وصار العقد حالًّا. ذكره المسعودي وغيره.

واعلم أن في نصه على لحوق الأجل الملحق في المجلس دليلاً ظاهراً على صحة العقد عند الإطلاق، وإلا فالعقد الفاسد. كيف ينقلب صحيحاً وكيف يعتبر مجلسه؟ وهذا أصل تبنى(١) عليه مسألة؛ وهي:

أن الشرط الفاسد للعقد إذا حذفاه في المجلس، هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً أم لا؟ ظاهر المذهب: أنه لا ينحذف ولا ينقلب العقد صحيحاً. وقد ذكرناه من قبل.

وعن صاحب «التقريب» وجه: أنهما لو حذفا الأجل المجهول في المجلس؛ انحذف وصار العقد صحيحاً، واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المفسدات، كالخيار والرهن الفاسدين وغيرهما؛ فمنهم من أجراه. قال الإمام: والأصح تخصيصه بالأجل؛ لأن بين الأجل والمجلس مناسبة لا توجد في سائر الأمور؛ وهي أن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن في المجلس(٢) كما لا يملكها في مدة الأجل، فلم يبعد إصلاح الأجل في المجلس(٣).

واختلفوا أيضاً في أن زمان الخيار المشروط، هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تفريعاً على هذا الوجه؟ والأظهر: أنه لا يلحق به. والله أعلم.

---

(١) في (ط الفكر) و(هـ) و(ظ): (بني).

(٢) قوله: (في المجلس) سقط من (هـ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٣).

قال:

(ثم لا[١] يجوزُ تأقيتُ الأجلِ بالحصادِ والدِّياسِ (م)، وبما يختلفُ وقتُه (و)، ويجوزُ (و ح) بالنَّيروزِ والمهرجان، وكذا بفِصْحِ (و) النَّصارى وفطرِ اليهود (و) إن كان يُعلمُ دونَ مراجعتِهم. وفي قوله: إلى نَفرِ الحجيجِ أو إلى جمادى وجهان. والأصحُّ صحَّتُه. والتَّنزيلُ على الأول. ولو قال: إلى ثلاثةِ أشهرٍ؛ احتُسِبَ بالأهلّةِ (ح) إلا شهراً واحداً انكسرَ في الابتداء، فيكملُ ثلاثين. ولو قال: إلى الجمعة، أو رمضان؛ حلَّ بأولِ جزءٍ منه. ولو قال: في الجمعة، أو في رمضان؛ فهو مجهول؛ لأنه جعلَه ظرفاً. ولو قال: إلى أولِ الشَّهر، أو إلى آخرِه؛ فالمشهورُ البطلان؛ لأنه يُعبَّرُ به عن جميعِ النِّصفِ الأولِ والنِّصفِ الأخير).

غرض الفصل: أنهما إذا ذكرا أجلاً في السلم؛ وجَب أن يكون معلوماً. قال ﷺ: «إلى أجل معلوم»[٢]. وفيه صور:

إحداها: لا يجوز تأقيته بما يختلف وقته، كالحصاد والدياس وقدوم الحاج، خلافاً لمالك[٣].

---

(١) سقطت: (لا) من (ظ).

(٢) سبق تخريجه في أول كتاب السلم، من حديث الشيخين ص ٤١٧ من هذا الجزء.

(٣) قال في «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٠٦): «والحاصل: أن السلم لا بد أن يؤجل بأجل معلوم، أقله نصف شهر إلا إذا اشترط قبضه بمجرد الوصول لبلد غير بلد العقد، وكانت على مسافة يومين، من بلد العقد، واشترط حين العقد خروجهما بأنفسهما أو بوكيلهما، وخرجا يومه بالفعل وعجل رأس المال في مجلس العقد أو قربه، وكان السفر في البر أو بغير ريح. فإذا وجدت هذه الشروط الخمسة فلا يشترط التأجيل بنصف شهر».

لنا: أن ذلك يتقدم تارة ويتأخر أخرى؛ فأشبه مجيء المطر. ولو قال: إلى العطاء؛ لم يجز إن أراد وصوله، وإن أراد وقت خروجه وقد عين السلطان له وقتاً؛ جاز، بخلاف ما إذا قال: إلى وقت الحصاد؛ إذ ليس له وقت معين. ولو قال: إلى الصيف، أو إلى الشتاء؛ لم يجز إلا أن يريد الوقت.

ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (وما يختلف وقته)، بالواو؛ لأن القاضي أبا القاسم ابن كج ذكر أن ابن خزيمة يجوز التأقيت[1] بالميسرة[2]؛ لما روي: أن النبي ﷺ اشترى من يهودي شيئاً إلى الميسرة[3].

الثانية: التأقيت بشهور الفرس والروم جائز، كالتأقيت بشهور العرب، لأنـها معلومة مضبوطة. وكذا التأقيت بالنيروز والمهرجان؛ لأنهما يومان معلومان، كالعيد وعرفة وعاشوراء.

وفي «النهاية»[4] نقل وجه: أنه لا يجوز التأقيت بهما.

ووجه الإمام: بأن النيروز والمهرجان يطلقان على الوقتين اللذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برجي الحَمَل والميزان. وقد يتفق ذلك ليلاً ثم ينحبس مسير الشمس كل سنة بمقدار ربع يوم وليلة.

---

(١) التأقيت والتوقيت: أن يجعل للشيء وقت يختص به. والواو إذا كانت أوّلَ حَرفٍ وضُمَّتْ، هُمِزَتْ، يقال: هذه أُجُوهٌ حِسَانٌ، بالهَمْز، لأن ضمة الواو ثقيلة. «لسان العرب»، مادة: وقت.

(٢) الميسَرة والمَيْسُرة بفتح السين وضمها: السعة والغنى. انظر: «لسان العرب»، مادة: يسر.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٥١٨)، برقم (١٢١٣)، في البيوع، باب ما جاء في الرخصة في الشراء إلى أجل، وقال: «حسن غريب صحيح». والنسائي (٧/ ٢٩٤)، برقم (٤٦٢٨)، في البيوع، باب البيع إلى الأجل المعلوم. والحاكم (٢/ ٢٣-٢٤)، في البيوع وقال: «صحيح على شرط البخاري»، ووافق عليه الذهبي. وكلهم من حديث عائشة رضي الله عنها، بقصة، ورواية الرافعي صحت بمعناها.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣١-٣٢).

ولو وقتا بفِصح[١] النصارى؛ نص الشافعي رضي الله عنه: على أنه لا يجوز. فأخذ بعض الأصحاب بإطلاقه[٢]؛ اجتناباً عن التأقيت بمواقيت الكفار. وعامتهم[٣] فصّلوا؛ فقالوا: إن اختص بمعرفة وقته الكفار؛ فالجواب ما ذكره؛ لأنه لا[٤] اعتماد على قولهم. وإن عرفه المسلمون أيضاً: جاز، كالنيروز والمهرجان. ثم اعتبر معتبرون فيهما[٥] جميعاً معرفة المتعاقدين، والأكثرون اكتفوا بمعرفة الناس. وسواء اعتبر معرفتهما أم لا. فلو عرفا؛ كفى. وفيه وجهٌ: أنه لا بد من معرفة عَدْلين من المسلمين سواهما؛ لأنهما قد يختلفان فلا بد من مرجع[٦]. وفي معنى الفِصْحِ سائرُ أعياد الملل، كفطير[٧] اليهود ونحوه[٨].

الثالثة: لو وقتا بنفر الحجيج وقيدا بالأول أو الثاني: جاز. وإن أطلقا؛ فوجهان:

أحدهما: أن الأجل فاسد؛ لتردد المحل بين النفرين.

وأصحهما ـ ويحكى عن نصه ـ: أنه صحيح، ويحمل على النفر الأول؛ لتحقق الاسم به.

---

(١) فِصْحُ النصارى: مثل الفِطْر وزناً ومعنى، وهو الذي يأكلون فيه اللحم بعد الصيام. «المصباح المنير»، مادة: فصح.

(٢) أي: بظاهره.

(٣) جمهور الأصحاب.

(٤) سقطت: (لا) من (ز).

(٥) في (هـ) و(ز): (فيها).

(٦) قوله: (فلا بد من مرجع) سقط من (ظ).

(٧) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (كفطر).

(٨) قال في «الروضة» (٤/٨): «قلت: الفِصح بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين، وهو عيد لهم معروف، وهو لفظ عربي. والفطير: عيد اليهود ليس عربيّاً. وقد طرَّد صاحب «الحاوي» الوجه في الفصح في شهور الفرس وشهور الروم. والله أعلم».

وعلى هذا الخلاف: التوقيت بشهر ربيع أو جمادى أو بالعيد، ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول.

وحكي عن «الحاوي»[١]: أن التوقيت بالنفر الأول أو الثاني لأهل مكة جائز؛ لأنه معروف عندهم. ولغيرهم وجهان. وأن في التوقيت بيوم القَرِّ[٢] لأهل مكة وجهين أيضاً؛ لأنه لا يعرفه إلا خواصهم. وهذا غير فقيه[٣]؛ لأنا إن اعتبرنا علم المتعاقدين؛ فلا فرق، وإلا؛ فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم.

الرابعة: لو أجلا إلى سنة أو سنتين؛ فمطلقه محمول على السنين الهلالية. فإن قيدا بالفارسية أو الرومية أو الشمسية؛ تَقَيَّدَ بالمذكور. ولو قال بالعدد؛ فهو ثلاثمئة وستون يوماً. وكذا مطلق الأشهر محمول على الشهور الهلالية، ثم ينظر: إن جرى العقد في أول الشهر؛ اعتبر الجميع بالأهلة تامة كانت أو ناقصة. وإن جرى بعد مضي بعض الشهر[٤]؛ عد الباقي منه بالأيام، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة، ثم يتمم المنكسر بالعدد ثلاثين. وإنما كان كذلك؛ لأن الشهر الشرعي هو ما بين الهلالين، إلا أن في الشهر المنكسر لا بد من الرجوع إلى العدد؛ كي لا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد، وفيه وجه: أنه إذا انكسر الشهر انكسر الجميع، فيعتبر الكل بالعدد، ويحكى هذا عن أبي حنيفة[٥]. والمذهب: الأول.

---

(١) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٤٠٢-٤٠٣).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(هـ) و(ظ). قال في «الروضة» (٤/ ٩): «قلت: يوم القرّ، بفتح القاف وتشديد الراء، وهو الحادي عشر من ذي الحجة. سمّي به، لأنهم يقرون فيه بمنًى، وينفرون بعده النفرين في الثاني عشر، والثالث عشر. وهذا الوجه الذي ذكره في «الحاوي» قويٌّ. ودعوى الإمام الرافعي رحمه الله شهرته عند غير الفقهاء ومن في معناهم، لا تقبل، بل ربما لا يعرف القرَّ كثير من المتفقهين. والله أعلم».

(٣) في «الروضة» «وهذا الذي قاله ضعيف».

(٤) في (ز): (الشهور).

(٥) ولو حلف أنه لا يكلمه شهراً بالنكرة، يقع على ثلاثين يوماً من حين حلفه. ولو عرفه، كقوله: «لا أكلمه =

وضرب الإمام مثلاً للتأجيل بثلاثة أشهر مع فرض الانكسار، فقال: عقدوا وقد بقي لحظة من صفر ونقص الربيعان وجمادى؛ فيحسب الربيعان بالأهلة، ويضم جمادى إلى اللحظة الباقية من صفر ويكملان بيوم من جمادى الآخرة سوى لحظة. ثم قال: كنت أود في هذه الصورة أن يكتفى بالأشهر الثلاثة؛ فإنها جرت عربية كوامل[(١)].

وما تمناه[(٢)] هو الذي نقله أبو سعد المتولي وغيره. وقطعوا بحلول الأجل بانسلاخ جمادى في الصورة المذكورة، وأن العدد إنما يراعى فيما إذا جرى العقد في غير اليوم الأخير، وهو الصواب. والله أعلم.

الخامسة: لو قال: إلى الجمعة، أو إلى رمضان؛ حَلَّ بأول جزء منه؛ لتحقق الاسم به. وربما يقال: بانتهاء يوم الجمعة وانتهاء شعبان. والمقصودُ واحدٌ.

ولو قال: محله في الجمعة أو في رمضان؛ فوجهان عن ابن أبي هريرة:

أنه يجوز، ويحمل على الأول كما لو قال: «أنت طالق في يوم كذا».

وأصحهما: المنع؛ لأنه جعل اليوم أو[(٣)] الشهر ظرفاً، فكأنه قال: «محله وقت من أوقات يوم كذا»[(٤)]. وفرقوا بينَه وبين الطلاق، بأن الطلاق يجوز تعليقه بالمجاهيل

= الشهر»، يقع على باقيه عند الحنفية. كما في «رد المحتار» (٣/ ١٠٤). والظاهر من أقوالهم أن الشهر المنكسر يكمل بالأيام، وهو الشهر الأول إذا كان ناقصاً، وغير المنكسر يحسب بالشهور.

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٩).

(٢) أي: تمناه الجويني.

(٣) في (ظ): (و).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ١٠): «قلت: كذا قاله جمهور الأصحاب. إذا قال: في يوم كذا أو سنة كذا، لا يصح على الأصح. وسوّوا بينهما. وحكى الطبري في العدّ وجهاً: أنه يصح في يوم كذا دون الشهر. وجعل صاحب «الحاوي» هذه الصور على مراتب، فقال: من الأصحاب من قال: يبطل في السنة دون الشهر. قال: فأما اليوم فالصحيح فيه الجواز، لقرب ما بين طرفيه. والأصح المعتمد ما قدمناه. والله أعلم».

والإغرار، بخلاف السلم. قال ابن الصباغ: نعم، لكن لو كان هذا من ذلك القبيل لوقع في الجزء الأخير دون الأول، وهذا أحسن. والفرق مشكل.

ولو قال: إلى أول شهر كذا أو آخره؛ فعن عامة الأصحاب بطلانه؛ لأن اسم الأول يقع على جميع النصف؛ فلا بد من البيان[١]، وإلا؛ فهو مجهول[٢].

وقال الإمام[٣] وصاحب «التهذيب»: وجب أن يصح، ويحمل على الجزء الأول من كل نصف على قياس مسألة النفر. وأيضاً فإنه إذا أجل إلى يوم حمل على أوله وإن كان اسم اليوم عبارة عن جميع الأجزاء. وأيضاً فإن الأمر في الطلاق على ما ذكراه. وأيضاً فإنه لو قال: «إلى شهر كذا»؛ حُمِلَ على أول جزء منه.

وقوله: (إلى أول شهر كذا)، أقرب إلى هذا المعنى مما إذا أطلق ذكر الشهر. قال الإمام: وقد يحمل الفطر الأول على الجزء الأول، والآخر على الجزء الآخر، وسينتهي إلى وجه كما أشار إليه في الطلاق.

فرع: لو أسلم في جنس واحد إلى أجلين أو آجال دفعة واحدة، كما لو أسلم في وقر حنطة[٤] يسلمه بنجمين، أو أسلم في جنسين إلى أجل[٥]، كما لو أسلم في حنطة وشعير إلى شهر[٦]؛ ففي الصورتين قولان:

أحدهما: البطلان؛ لأنه ربما يتعذر تسليم بعض النجوم أو بعض الأجناس؛

---

(١) أي: من النصف الأول أو الأخير.

(٢) في (ز): (محمول).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٠).

(٤) في (ز): (حنطة وشعير).

(٥) من قوله: (دفعة واحدة) إلى هنا سقط من (ظ).

(٦) في (هـ): (شهرين).

فيرتفع العقد فيه ويتعدى إلى الباقي؛ فيصير التنجيم شرطاً متضمناً رفع العقد.

وأصحهما: الصحة، كما لو باع بثمن منجم أو بجنسين. والخلاف ناظر إلى أن الصفقة هل تفرق؟ واعلم أن الكلام في أن التأجيل ليس بشرط في السلم، وفي أن شرط الأجل ماذا؟ لا اختصاص له بهذا الموضع، وربما كان ذِكْرُه بعد الفراغ من الشروط كلها أليق. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الشرط الثالث: أن يكونَ الـمُسلَمُ فيه مقدوراً على تسليمه؛ فلا يصحُّ السَّلَمُ في منقطعٍ لدى[1] المحلّ، ولا يَضرُّ الانقطاعُ قبلَه (ح) ولا بعدَه. ولا يكفي الوجودُ في قطرٍ آخرَ لا يعتادُ نقلُه إليه في غرضِ المعاملة. ولو أسلمَ في وقتِ الباكورةِ في قدرٍ كثيرٍ يَعسرُ تحصيلُه؛ ففيه وجهان. ولو طرأ الانقطاعُ بعدَ انعقادِ السَّلَم؛ فأصحُّ القولَين: أنه لا يَنفسخ، بل له الخيار، كما في إباقِ العبدِ الـمَبيع. ولو تبيَّنَ العجزُ قبلَ المحلّ؛ ففي تنجيزِ الخيارِ أو تأخُّرِه إلى المحلِّ قولان).

هذا الشرط ليس من خواص السلم، بل يعم كل بيع على ما مر. وإنما تعتبر القدرة على التسليم عند وجوب التسليم[2]، وذلك في البيع والسلم الحال في الحال، وفي السلم المؤجل عند المحلّ، فلو أسلم في منقطع لدى المحل، كما لو جعل محل الرطب الشتاء: لم يصحّ. وكذا لو أسلم فيما يَنْدُرُ وجودُه، كلحم الصيد حيث يعز فيه

(١) في (ز): (الذي).

(٢) قوله: (عند وجوب التسليم) سقط من (ظ).

الصيد، وإن كان يغلب على الظن[١] وجوده لكن لا يتوصل إلى تحصيله إلا بمشقة عظيمة، كالقدر الكثير من الباكورة[٢]؛ ففيه وجهان:

أقربهما إلى كلام الأكثرين: البطلان؛ لأنه عقد غرر؛ فلا يحتمل فيه معاناة المشاق العظيمة.

وأقيسهما ـ عند الإمام[٣] ـ: الصحة؛ لأن التحصيل ممكن وقد التزمه المسلم إليه. ولو أسلم في شيء ببلد لا يوجد مثله فيه، ويوجد في غيره؛ قال في «النهاية»[٤]: إن كان قريباً منه صح، وإن كان بعيداً: لم يصح. قال: ولا تعتبر مسافة القصر هاهنا، وإنما التقريب فيه أن يقال: إن كان يعتاد نقله إليه في معرض[٥] المعاملة، لا في معرض التحف والمصادرات: صح السلم، وإلا: فلا. ويجيء في آخر الفصل ما ينازع في الإعراض عن مسافة القصر.

ولو كان المسلم فيه عام الوجود عند المحل؛ فلا بأس بانقطاعه قبله أو بعده. وعند أبي حنيفة[٦]: يشترط عموم الوجود من وقت العقد إلى المحل. واحتج الشافعي رضي الله عنه بالحديث المذكور في أول الباب؛ وهو أنهم كانوا يسلفون في الثمار السنة والسنتين، والثمار لا تبقى في هذه المدة، بل تنقطع.

وإذا أسلم فيما يعم وجوده ثم انقطع عند المحل لجائحة؛ فقولان:

أحدهما: أنه ينفسخ العقد، كما لو تلف المبيع قبل القبض.

---

(١) في (ظ): (القلب).

(٢) باكُورَةُ الفاكهة: أوّل ما يدرك منها. «المصباح المنير»، مادة: بكر.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٤).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٤).

(٥) في (ط الفكر) و(ز) و(ظ): (غرض).

(٦) «مجمع الأنهر» (٢/ ١٠٠)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٢١١).

وأصحهما ـ وبه قال أبو حنيفة[(١)] ـ: لا ينفسخ؛ لأن المسلم فيه يتعلق بالذمة؛ فأشبه ما إذا أفلس المشتري بالثمن: لا ينفسخ العقد ولكن للبائع الخيار. ولأن هذا العقد ورد على مقدور في الظاهر؛ فعروض الانقطاع كإباق العبد المبيع، وذلك لا يقتضي إلا الخيار، فكذلك هاهنا: المسلم يتخير بين أن يفسخ العقد أو يصبر[(٢)] إلى وجود المسلم فيه. ولا فرق في جريان القولين بين أن لا يوجد المسلم فيه عند المحل أصلاً، وبين أن يكون موجوداً، فيسوف المسلم إليه حتى ينقطع. وعن بعض الأصحاب: أن القولين في الحالة الأولى.

أما في الثانية؛ فلا ينفسخ العقد بحال؛ لوجود المسلم فيه وحصول القدرة، فإن أجاز ثم بدا له؛ مُكّن[(٣)] من الفسخ، كزوجة المولى إذا رضيت بالمقام ثم ندمت [ثم أرادت المطالبة؛ كان لها ذلك][(٤)]، ووجهه الإمام[(٥)] بأن هذه الإجازة إنظار، والإنظار تأجيل، والأجل لا يلحق العقد[(٦)] بعد لزومه، وقد يتوقف الناظر في كونها انتظاراً ويميل إلى أنها إسقاط حق ورضاً بما عرض، كإجازة زوجة العنين. ويجوز أن يقدر فيه وجهان؛ لأن الإمام حكى وجهين في أنه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط[(٧)]؟ قال: والصحيح: أنه لا يسقط. ولو قال المسلم إليه للمسلم: «لا تصبر وخذ رأس مالك[(٨)]»؛ فللمسلم أن لا يجيبه[(٩)]. وفيه وجه.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١١).
(٢) في (ظ): (يخير)، وفي (هـ): (يجبر).
(٣) في (ز): (تمكن).
(٤) هكذا قدره في «الروضة».
(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٨/ ٥٧).
(٦) في (ظ): (بالعقد).
(٧) قوله: (هل يسقط) سقط من (هـ).
(٨) في (هـ): (المال) مكرراً.
(٩) «نهاية المطلب» للجويني (١٢/ ٤٩٣).

ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة والمسلم فيه منقطع؛ جرى القولان. ذكره في «التتمة»، قال: وكذا لو كان موجوداً عند المحل وتأخر التسليم لغيبة أحد المتعاقدين ثم حضر والمسلم فيه منقطع. ولو انقطع بعض المسلم فيه؛ فقد ذكرنا حكمه في تفريق الصفقة.

ولو أسلم في شيء عام الوجود عند المحل، ثم عرضت آفة علم بها انقطاع الجنس لدى[1] المحل فيتنجَّز حُكم الانقطاع في الحال أو يتأخر إلى المحل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يتنجَّز حتى ينفسخ العقد على قول، ويثبت الخيار على الثاني؛ لتحقق العجز في الحال.

وأظهرهما: لا؛ لأنه لم يجئ وقت وجوب التسليم، وهذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً، فتلف قبل الغد، يحنث في الحال أو يتأخر الحنث إلى الغد؟

وقوله في الكتاب: (ففي تنجيز الخيار أو تأخيره)، تفريع على أن الثابت بالانقطاع الخيار دون الانفساخ، وعلى القول الآخر يتنجز الانفساخ، واللفظ العام ما سبق، وإطلاقه القولين في المسألة اتباع للإمام[2]. والوجه: الحمل على القولين المخرجين، وحينئذ لا يبقى بينهما وبين الوجهين كثير فرق.

فإن قيل: فبم يحصل الانقطاع؟

قيل: إن لم يوجد المسلم فيه أصلاً، بأن كان ذلك الشيء ينشأ في تلك البلدة وقد أصابته جائحة مستأصلة؛ فهذا انقطاع حقيقي، وفي معناه: ما لو كان يوجد في غير تلك

---

(١) أي: عن المحل. ومعنى الانقطاع: الانعدام.

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٤).

البلدة ولكن لو نقل إليها لفسد. وما إذا لم يوجد[١] إلا عند قوم محصورين وامتنعوا من بيعه[٢]. ولو كانوا يبيعونه بثمن غال؛ وجب تحصيله ولم يكن ذلك انقطاعاً. وإن أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها؛ وجب نقله إن كان في حد القرب.

وبم يضبط؟ أما صاحب «التهذيب»[٣] في آخرين فإنهم نقلوا وجهين:

أقربهما: أنه يجب نقله مما دون مسافة القصر.

والثاني: من مسافةٍ لو خرج إليها بكرة أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً. وأما الإمام فإنه جرى على الإعراض عن مسافة القصر، وقال: إن أمكن النقل على عسر[٤]؛ فالأصح أن السلم لا ينفسخ قطعاً[٥]. ومنهم من طرد فيه القولين.

قال:

(وأصحُّ القولَين: أنه لا يُشترطُ تعيينُ مكانِ التَّسليم، بل ينزلُ المطلقُ على مكانِ العقد).

السلم إما مؤجل أو حال، أما المؤجل؛ فقد حكي عن نص الشافعي رضي الله عنه اختلاف[٦] في أنه هل يجب تعيين مكان التسليم[٧]؟ وانقسم الأصحاب إلى نفاةٍ للخلاف ومثبتين[٨].

---

(١) من قوله: (في غير تلك) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) أي: فهو انقطاع.

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٧٣-٥٧٦).

(٤) قوله: (على عسر) سقط من (ظ).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٤).

(٦) أي: فيه قولان مطلقاً عن نصه، وهو أحد طرق الأصحاب. كما سيأتي قريباً.

(٧) عَدَّ النووي في «الروضة» بيانَ محل التسليم الشرطَ الرابع، ولم يعدّه الغزالي صراحة، لما فيه من خلاف.

(٨) فيكون مجموع طرقهم ستة.

أما النفاة؛ فعن أبي إسحاق المروزي أنه إن جرى العقد في موضع يصلح للتسليم؛ فلا حاجة إلى التعيين[١]. وإن جرى في موضع غير صالح؛ فلا بد من التعيين. وحمل النصين على الحالين.

وعن ابن القاص: أن المسلم فيه إن كان لحمله مؤونة وجب التعيين، وإلا فلا. وحمل النصين على الحالين. وبهذا قال أبو حنيفة[٢] وهو اختيار القاضي أبي الطيب. فهذان طريقان.

وأما المثبتون؛ فلهم طرق:

أحدها ـ وبه قال صاحب «الإفصاح»[٣] والقاضي أبو حامد: أن المسألة على قولين مطلقاً.

والثاني: أنه إن لم يكن الموضع صالحاً؛ وجب التعيين لا محالة، وإن كان صالحاً؛ فقولان.

والثالث: إن لم يكن لحمله مؤونة؛ فلا حاجة إلى التعيين، وإن كان له مؤونة؛ فقولان.

والرابع: إن كان لحمله مؤونة؛ فلا بد من التعيين، وإلا؛ فقولان. وهذا أصحُّ الطرق عند الإمام. ويروى عن اختيار القفال.

ووجه اشتراط التعيين: أن الأغراض تتفاوت بتفاوت الأمكنة؛ فلا بد من التعيين قطعاً للنزاع، كما لو باع بدراهم وفي البلد نقود مختلفة. ووجه عدم الاشتراط،

---

(١) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧٧).

(٢) سقط من (هـ)، «مجمع الأنهر» (٢/ ١٠١).

(٣) وهو أبو علي الطبري.

وبه قال أحمد[١]: القياس على البيع؛ فإنه لا حاجة فيه إلى تعيين مكان التسليم.

ووجه الفرق بين الموضع الصالح وغير الصالح: اطرادُ العرف بالتسليم في الموضع الصالح واختلاف الأغراض في غيره. ووجه الفرق بين ما لحمله مؤونة وغيره قريب من ذلك.

والفتوى[٢] من هذا كله على وجوب التعيين إذا لم يكن الموضع صالحاً أو كان لحمله مؤونة، وعدم الاشتراط في غيرها تبين[٣] الحالتين.

ومتى شرطنا التعيين فلو لم يعين: فسد العقد، وإن لم نشرطه: فإن عين: تعين، وعن أحمد[٤] رواية: أن هذا الشرط يفسد السلم.

وإن لم يعين؛ حمل على مكان العقد. وفي «التتمة»: أنه إذا لم يكن لحمله مؤونة؛ سلمه في أي موضع صالح شاء، وذكر وجهاً فيما إذا لم يصلح[٥] الموضع للتسليم: أنه يحمل على أقرب موضع صالح.

ولو عين موضعاً للتسليم فخرب وخرج عن صلاحية التسليم؛ ففيه ثلاثة أوجه، ذكرها القاضي ابن كج:

أحدها: أنه يتعين ذلك الموضع.

والثاني: لا، وللمسلم الخيار.

والثالث: يتعين أقرب موضع صالح[٦].

---

(١) «كشاف القناع» (٣/ ٣٠٦).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٣) «وهو المذهب الذي يفتى به من هذا كله».

(٣) في (ظ) و(ز): (بين).

(٤) «كشاف القناع» (٣/ ٣٠٥-٣٠٦).

(٥) في (ظ) و(هـ): (يكن).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ١٣): «قلت: الثالث أقيسها. والله أعلم».

وأما السلم الحال؛ فلا حاجة فيه إلى تعيين مكان التسليم، كالبيع. ويتعين مكان العقد، لكن لو عينا موضعاً آخر: جاز، بخلاف البيع؛ لأن السلم يقبل التأجيل؛ فيقبل شرطاً يتضمن تأخير التسليم بالإحضار، والأعيان لا تحتمل التأجيل؛ فلا تحتمل شرطاً يتضمن تأخير التسليم.

وحكم الثمن[1] في الذمة حكم المسلم فيه، وإن كان معيناً؛ فهو كالمبيع.

قال في «التهذيب»[2]: ولا نعني بمكانِ العقدِ ذلك الموضعَ بعينه، بل تلك المحلة. والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الشَّرط الرابع: أن يكونَ معلومَ المقدارِ بالوزنِ أو الكيل، قالَ رسولُ الله ﷺ: «من أسلمَ فليُسلِم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلوم». ولا يكفي العدُّ في المعدوداتِ (ح)، بل لا بدَّ من ذكرِ الوزنِ في البطيخِ والبيضِ والباذنجانِ والرُّمّان. وكذا الجوزُ واللَّوزُ إن عُرِفَ نوعٌ لا يَتفاوتُ في القُشورِ[3] غالباً، ويجُمعُ في اللَّبِن بيَن العدِّ[4] والوَزن؛ لأنه مضروبٌ بالاختيار[5]).

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ١٣): «قلت: قال في «التتمة»: الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت ديناً، وكذا الصداق وعوض الخلع والكتابة ومال الصلح عن دم العمد وكل عوض ملتزم في الذمة، له حكم السلم الحال، إن عين للتسليم مكاناً: جاز، وإلا تعين موضع العقد، لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمسلم فيه. والله أعلم».

(٢) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٧٢).

(٣) في (ز): (القشر).

(٤) في (هـ): (العدد).

(٥) قوله: (لأنه مضروبٌ بالاختيار) سقط من (ط الفكر) و(هـ) و(ز).

يشترط أن يكون المسلم فيه معلوم القدر؛ للخبر. والإعلام[١] تارة يكون بالكيل وأخرى بالوزن أو العدد أو الذرع.

وقوله في الحديث: «في كيل معلوم ووزن معلوم[٢]» ينبغي أن يعرف فيه شيئان:

أحدهما: أنه ليس أمراً بالجمع بين الكيل والوزن، بل الجمع قد يكون مبطلاً، كما لو أسلم في ثوب ووَصَفَهُ وقال: «وَزْنه كذا»، أو أسلم في مئة صاع حنطة على أن يكون وزنها كذا: لا يصح[٣]؛ لأنه يورث عزة الوجود. قال الشيخ أبو حامد[٤]: لكن لو ذكر وَزْنَ الخشب مع الصفات المشروطة: جاز؛ لأنه لو كان زائداً أمكن نحته حتى يعود إلى القدر المشروط. إذا تقرر ذلك، فالمراد من الخبر الأمرُ بالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات.

الثاني: هذا الأمر ورد على العادة الغالبة في النَّوْعَيْن لا للتعيين، فيجوز ذكر الوزن في المكيلات والكيل في الموزونات التي يتأتى فيها الكيل، بخلاف الربويات؛ لأن المقصود هاهنا معرفة المقدار، وكل واحد منهما معروف. وثم نَصَّ الشارع على طريق المماثلة؛ فوجب الاتباع. وعن أبي الحسين[٥] ابن القطان: أن بعض الأصحاب منع من السلم كيلاً في الموزونات، والمشهور الأول. لكن إمام الحرمين حمل ما أطلقه

---

(١) أي: العلم.

(٢) قوله: (ووزن معلوم) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٣) قوله: (لا يصح) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٤٤). وفيه نقل هذا القول عن الشيخ أبي محمد الجويني والد الإمام، فأفاد أنه ليس من قوله هو.

(٥) في (ظ): (الحسن).

الأصحاب على ما يعد[١] الكيل في مثله ضابطاً. أما لو أسلم في فتات المسك والعنبر ونحوهما كيلاً: لم يصح؛ لأن للقدر اليسير منه مالية كبيرة[٢]، والكيل لا يعد ضابطاً فيه[٣].

ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: السلم في البطيخ والقثاء والرمان والسفرجل والباذنجان والرانِج[٤] والبيض جائز. والمعتبر فيها الوزن دون الكيل؛ لأنها تتجافى في المكيال[٥] ودون العدد؛ لكثرة التفاوت فيه، والناس يكتفون بالعدد تعويلاً على العيان وتسامحاً. وكذا لا يجوز السلم في الجوز واللوز عدداً، ويجوز وَزْناً. وفي الكيل وجهان نقلهما صاحب «البيان»[٦]، المذكور منهما في «الشامل»: الجواز. وكذا في الفستق والبندق.

واستدرك الإمام فقال: قشور الجوز واللوز مختلفة؛ فمنها غلاظ ومنها رقاق، والغرض يختلف باختلافها، فليمتنع السلم فيها بالوزن أيضاً، وليحمل ما أطلقه الأصحاب على النوع الذي لا تختلف قشوره في الغالب[٧].

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (يعتاد).

(٢) في (ظ): (كثيرة).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٩).

(٤) الرانج بفتح النون وكسره، وهو جوز الهند، كما في «تهذيب الأسماء واللغات» (٣/ ١٢٨) مادة: رنج.

(٥) في (ظ): (المكان).

(٦) «البيان» للعمراني (٥/ ٤١٠).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٠).

وعن أبي حنيفة[١]: أنه يجوز السلم عدداً في البيض والجوز.

ولا يجوز السلم في البقول جزماً؛ لاختلافها، وإنما السلم فيها بالوزن. ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة والسفرجلة الواحدة، ولا في عدد منها؛ لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، وذلك يورث عزة الوجود.

وقوله في الكتاب: (ولا يكفي العد[٢] في المعدودات)، يجوز إعلامه بالحاء؛ لما حكيناه عنه[٣]. ثُم هو غير مجرًى على إطلاقه؛ لأن التقدير في الحيوانات إنما يكون بالعد[٤] دون الوزن والكيل. وقوله: (بل لا بد من ذكر الوزن)، بعد قوله: (ولا يكفي العد)، قد يوهم الحاجة إلى ذكر الوزن مع العد، وليس كذلك، بل هو مفسد، كما سبق. والمراد أن المعتبر الوزن، ولا نظر إلى العد.

الثانية: يجمع في اللَّبِنِ بين العد والوزن، فيقول: كذا لبنة وزن كل واحدة كذا؛ لأنها تضرب عن اختيار، فالجمع فيها بين العد والوزن لا يورث عزة الوجود. ثم الأمر فيها على التقريب دون التحديد[٥]. والله أعلم.

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٨)، خلافاً لزفر رحمه الله، لأن التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير، أعرض الناس عن اعتباره، فكان ساقط العبرة، ولذا كان مضموناً بالمثل عند الإتلاف عند أبي حنيفة رحمه الله.

(٢) في (ظ): (العدد).

(٣) ويكفي عند أبي حنيفة رحمه الله العد في العدديات المتقاربة. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٨).

(٤) في (ظ): (بالعدد).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ١٤): «قلت: هكذا قال أصحابنا الخراسانيون: يشترط في اللَّبِن الجمع بين العدد والوزن. ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن. ونص الشافعي رضي الله عنه في آخر كتاب السلم من «الأم» على أن الوزن فيه مستحب. لو تركه، فلا بأس، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته، وأنه طين معروف. والله أعلم».

قال:

(ولو عيَّنَ مكيالاً لا يُعتاد، كالكوز: فَسدَ العَقد. وإن كانَ يعتاد: فسدَ الشَّرطُ[١] وصحَّ العَقد؛ على الأصحّ؛ لأنه لغو. ولو أسلمَ في ثمرةِ بستانٍ بعينِه: بطل؛ لأنه ينافي الدِّينيّة. وإن أضافَه إلى ناحية، كمَعقلِي البَصرة: جاز؛ إذ الغرضُ منه الوَصف).

في الفصل مسألتان:

إحداهما: لو عين للكيل ما لا يعتاد الكيل به، كالكوز: فسد السلم؛ لأن ملأه مجهول القدر، ولأن فيه غرراً لا حاجة إلى احتماله؛ فإنه قد يتلف قبل المحل.

وفي البيع[٢] لو قال: «بعتك ملءَ هذا الكوز من هذه الصبرة»؛ فوجهان؛ بناءً على المعنيين. والأصح: الصحة؛ اعتماداً على المعنى الثاني.

ولو عين في البيع أو السلم مكيالاً معتاداً فهل يفسد العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لتعرضه للتلف.

وأصحهما: لا[٣]، ويلغو الشرط، كسائر الشروط التي لا غرض فيها.

والسلم الحال كالمؤجل أو كالبيع؟ فيه وجهان. جواب الشيخ أبي حامد منهما: أنه كالمؤجل؛ لأن الشافعي رضي الله عنه قال: لو أسلم[٤] في ملءِ هذه الجرة خَلّاً: لم يصح؛ لأنها قد تنكسر؛ فلا يمكن التسليم كذلك هاهنا.

---

(١) في (ز): (هذا الشرط).

(٢) في (هـ): (المبيع).

(٣) في (ظ): (يصح).

(٤) في (ظ): (أصدقها).

ولو قال: «أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب» أو: «في مئة صاع من الحنطة كهذه الحنطة»؛ فقد قال العراقيون: لا يصح؛ لأَنَّهُ ربما يتلف ذلك المحضر، كما في مسألة الكوز. وفي «التهذيب»[1]: أنه يصح ويقوم مقام الوصف.

ولو أسلم في ثوب ووَصَفَه ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة: جاز إن كانا ذاكرَيْن لتلك الأوصاف.

[المسألة] **الثانية**: لو أسلم في حنطة ضَيْعَة بعينها أو ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة: لم يجز. وعللوه بشيئين:

أحدهما: أن تلك البُقْعة قد تصيبها جائحة فتنقطع ثمرته وحنطته؛ فإذَنْ في التعيين غرر لا ضرورة إلى احتماله.

والثاني ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن التعيين ينافي الدينية من حيث إنه يضيق مجال التحصيل. والمسلم فيه يَنْبَغي أن يكون دَيْناً مرسلاً في الذمة؛ ليتيسر أداؤه. وإن أسلم في ثمر في ناحيةٍ أو قريةٍ كبيرة؛ نُظر: إن أراد المسلم فيه تنويع المسلم فيه، كمعقلي[2] البصرة[3]: جاز، فإنه مع معقلي بغداد صنف واحد، لكن كل واحد منهما يمتاز عن الآخر بصفات وخواص، فالإضافة إليها تفيد فائدة الأوصاف. وإن لم تفد تنويعاً؛ فوجهان:

أحدهما: أنه كتعيين المكيال بخلوه عن الفائدة.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه لا ينقطع غالباً ولا يضيق به المحال[4]. والله أعلم.

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٧٤-٥٧٥).

(٢) المَعقل وزان المسجد: الملجأ، وبه سُمّي الرجل، ومنه: معقل بن يسار المزني، ويُنسَب إليه نوعٌ من التمر بالبصرة، ونَهـرٌ بها أيضاً، فيقال: تَـمْـرٌ مَعْقِلِيٌّ. «المصباح المنير»، مادة: عقل.

(٣) في (ز): (إن أفاد تنويعاً كمعقلي البصرة).

(٤) في (ط الفكر) و(ظ) و(هـ): (المجال).

قال رحمه الله:

(الشَّرط الخامس: معرفةُ الأوصاف؛ فلا يصحُّ السَّلمُ إلا في كلِّ ما ينضبطُ منه كلُّ وصفٍ تختلفُ به القيمةُ اختلافاً ظاهراً، لا يتغابنُ النّاسُ بمثلِه في السَّلم. ولا يصحُّ في الـمُختلطاتِ المقصودةِ الأركان، كالمرقِ والحلاوى[1] والمعجونات والخفافِ والقسيِّ والنِّبال. والأصحّ: أنه يصحُّ في العتّابيِّ والخزّ، وإن اختلفَ اللُّحمةُ والسُّدى؛ لأنه في حكم الجنسِ الواحد، كالشَّهدِ واللَّبن، وكذلك ما لا يُقصدُ خلطُه[2]، كالخبزِ وفيه الملحُ والجبْن، واللَّبن وفيه الأنفِحة. وكذا دهنُ البنَفسجِ والبان. وفي خلِّ الزَّبيبِ والتَّمر، وفي الماء تردُّد).

أقدِّم فقه الفصل، ثم أتكلم في الضبط الذي حاوله: أما الفقه: فهو أن معرفة أوصاف المسلم فيه بذكرها[3] في العقد شرط؛ فلا يصح السلمُ فيما لا تنضبط أوصافه، أو تنضبط وأَهْمَلا[4] بعضَ ما يجب ذكرُه؛ لأن البيع لا يحتمل جهالةَ المعقود عليه وهو عين، فَلأَنْ لا يحتملها[5] السلمُ وهو دين كان أَوْلى.

ولتعذر الضبط أسباب:

منها: الاختلاط، والمختلطات أربعة أنواعٍ؛ لأن الاختلاط إما أن يقع بالاختيار

---

(١) في (ز): (الحلاوات).

(٢) في (هـ) و(ز): (خليطه).

(٣) في (ظ): (وذكرها).

(٤) أي: المتعاقدان.

(٥) في (ظ): (لا يحمل).

أو خلقة. والأول: إما أن يتفق وجميع أخلاطها مقصودة، أو يتفق والمقصود واحد. والأول: إما أن يكون بحيث يتعذر ضبط أخلاطه أو بحيث لا يتعذر.

النوع الأول: الـمختلطات المقصودة الأركان التي لا تنضبط أقدار أخلاطها وأوصافها، كالهرائس ومعظم المرق والحلاوى والمعجونات والجُوَارِشْنَات[١] والغالية المركبة من المِسْكِ والعنبر والعود والكافور؛ فلا يصح السلم في شيء منها؛ للجهل بما هو متعلق الأغراض. وكذا الخفاف والنعال؛ لاشتمالها على الظهارة والبطانة والحشو؛ لأن العبارة تضيق عن الوفاء بذكر أطرافها وانعطافاتها.

وفي «البيان»: أن الصيمري حكى عن ابن سريج جواز السلم فيها[٢]، وبه قال أبو حنيفة[٣]، وكذا القِسِيّ[٤] لا يجوز السلم فيها؛ لاشتمالها على الخشب والعَظْم والعصب.

---

(١) في (ظ): (الجوارشنات)، قلت: ولم أجد لها معنى مناسباً. وأحد معاني حَرَش: جمع، فمعناه المجموعات من الأشياء.

أقول: ما في (ظ) هو الصواب؛ ونقل ابن منظور عن ابن النهاية لابن الأثير قوله: «أهدى رجل من العراق إلى ابن عُمر جُوارِشْن، قال: هو نوع من الأدوية المركَّبة يقوِّي المعدة ويهضم الطعام، قال: وليست اللفظة بعربية». لسان العرب (١٣/ ٨٨) مادة (جرشن). والمثبت موافق لنهاية المطلب (٦/ ٤٦). (م ع).

(٢) «البيان» للعمراني (٥/ ٤٠٣-٤٠٤).

(٣) قال في «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٩-٢١٠): «من شرائط جواز السلم: أن يكون للناس فيه تعامل، كالقلنسوة والخف والآنية ونحوها، فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه».

(٤) القِسِيُّ: ضربٌ من الزيوف، أي: فضَّته صلْبة رديئةٌ، وجمعه: قِسْيَانٌ، كصبيٍّ وصبيان. «مختار الصحاح»، مادة: قسي. ربما هذا في اصطلاحهم شيء معروف.

أقول: القِسِيُّ: بكسر القاف والسين وتشديد الياء جمع قوس، ويجمع أيضاً على أقواس وقِيَاس. «تحرير ألفاظ التنبيه» (ص١٨٨). (م ع).

وأما النبل: فقد نُقِل فيه اختلاف نصٍّ، واتفقوا على أنه لا خلاف فيه، واختلاف النص محمول على اختلاف أحواله؛ فلا يجوز السلم فيه بعد التخريط[1] والعمل عليه.

أما إذا كان عليه عصب وريش ونصل؛ فلمعنيين:

أحدهما: أنه من المختلطات.

والثاني: اختلاف وسطه وطرفيه دقّةً وغلظاً، وتعذُّر ضبطه، وأنه من أيِّ موضع يأخذ[2]: من الدقة في الغلظ أو[3] بالعكس، ولم يأخذ.

وأما إذا لم يكن؛ فللمعنى الثاني.

ويجوز السلم قبل التخريط والعمل عليه؛ لتيسر ضبطه. والمغازل[4] كالنبال[5]، والترياق[6] المخلوط كالغالية[7]، فإن كان نباتاً واحداً أو حجراً: جاز السلم فيه.

النوع الثاني: المختلطات المقصودة الأركان التي تنضبط أقدارها وصفاتها، كالثياب العَتَّابية والخزوز[8] المركبة من الإبريسم والوبر. وفي السلم فيه وجهان:

أحدهما: المنع، كالسلم في الغالية والمعجونات.

---

(١) يقال: خرَطَ الورقَ: حتَّه، وهو أن يقبض على أعلاه ثم يمرّ يدَه عليه إلى أسفله، وخَرَطَ الحديد: طوَّله كالعمود. «مختار الصحاح»، مادة: خرط.

(٢) في (ظ): (أخذ).

(٣) في (هـ): (و).

(٤) المِغزل بكسر الميم: ما يغزل به. «المصباح المنير»، مادة: غزل.

(٥) النَّبْل: السهام العربية، مؤنثة لا واحد لها، وجمعها: نِبَالٌ. «المصباح المنير»، مادة: نبل.

(٦) قيل: هو مأخوذ من الريق، والتاء زائدة، ووزنه: تِفْعَالٌ بكسرها، لما فيه من ريق الحيّات. «المصباح المنير»، مادة: ترق.

(٧) الغالية: أخلاط من الطيب. «المصباح المنير»، مادة: غلى.

(٨) مفرده: الخَزُّ: دابةٌ، ثم أطلق على الثياب المتخذة من وبرها. «المصباح المنير»، مادة: خزز.

وأصحهما ـ عند المصنف ومعظم العراقيين ـ: الجواز؛ لأن قدر كل واحد من أخلاطها مما يسهل ضبطه. ويحكى هذا عن نص الشافعي رضي الله عنه، وبه أجاب القاضي ابن كج. ويخرج على الوجهين السلم في الثوب المعمول عليه بالإبرة بعد النسج من غير جنس الأصل، كالإبريسم على القطن أو الكتان. وإن كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها؛ فهي كالمعجونات.

النوع الثالث: المختلطات التي لا يقصد منها إلا الخليط الواحد، كالخبز. وفيه الملح، لكنه غير مقصود في نفسه، وإنما يراد[١] منه إصلاح الخبز. وفي السلم فيه وجهان:

أصحهما ـ عند الإمام ـ: أنه جائز[٢]. وبه قال أحمد[٣]. وهو الذي أورده في الكتاب؛ لأن الملح مستهلك فيه، والخبز في حكم الشيء الواحد.

والثاني ـ وهو الأصح عند الأكثرين ـ: المنع؛ لوجهين:

أحدهما: الاختلاط واختلاف الغرض بحسب كثرة الملح وقلته وتعذر الضبط.

والثاني: تأثير النار فيه.

وفي السلم في الجبن مثل هذين الوجهين، لكن الجمهور مطبقون على ترجيح وجه الجواز، كأنهم اعتمدوا في الخبز المعنى الثاني، ورأوا أن عمل النار في الخبز يختلف، وفي الجبن بخلافه. والله أعلم.

والوجهان جاريان في السمك الذي عليه شيء من الملح، وفي خل التمر والزبيب وجهان أيضاً:

---

(١) في (ظ) و(هـ): (يعنى).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٥).

(٣) «كشاف القناع» (٣/ ٢٩٤).

أحدهما ـ وإليه ميل الصيمري والإمام[1] ـ: منع السلم فيهما؛ لما فيهما من الماء كما لا يجوز السلم في المخيض.

وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: الجواز؛ لأنه لا غنية به عن الماء؛ فإن قوامه به بخلاف المخيض؛ إذ لا مصلحة له في الماء، والأَقِطِ، كالجبن. وفي «التتمة»: أن المصل كالمخيض؛ لما فيه من الدقيق، والأدهان المطيبة كدهن البنفسج والبان والورد؛ إن خالطها[2] شيءٌ من جرم الطيب: لم يجز السلم فيها. وإن تروح[3] السمسم بها ثم اعتصر: جاز.

النوع الرابع: المختلطات خلقة، ومثَّلها الإمام[4] بالشهد[5] واللبن، وعدَّ الشهد من المختلطات أظهر من عَدّ اللبن منها؛ لأن في ركني الشهد امتيازاً ظاهراً. واللبن شيء واحد، إلا أنه بعرض أن يحصل منه شيئان مختلفان. وفي السلم في الشهد وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الشمع فيه قد يقل وقد يكثر؛ فأشبه سائر المختلطات. وهذا ما رواه القاضي ابن كج عن نصه.

وأصحهما: الجواز؛ لأن اختلاطه خلقي؛ فأشبه النوى في التمر[6]، وكما يجوز السلم في الشهد يجوز في كل واحدٍ من ركنيه[7]. وأما اللبن: فلا خلاف في جواز السلم فيه.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٧).

(٢) في (هـ): (خالطه).

(٣) ترويح الدُّهن: أن تجعل فيه طيباً تطيبُ به ريحُه. «المصباح المنير»، مادة: روح.

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٥).

(٥) هو العسل في شمعها. «مختار الصحاح»، مادة: شهد.

(٦) في (هـ): (خلقي فأشبه سائر المختلطات، وهذا ما رواه القاضي ابن كج بالنوى في التمر).

(٧) وهما: العسل والشمع.

وقوله في أول الفصل: (فلا يصح السلم) إلى قوله: (لا يتغابن الناس بمثله في السلم)، هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها: (ما لا يتغابن الناس بمثله)، وهما صحيحان. ومعنى الأول: لا يحتمل الناس إهمال مثل ذلك الاختلاف والنقصان. ومعنى الثاني: أنه لا بأس بأن لا تنضبط منه الأوصاف التي لا يبالى بها ويحتمل فواتها.

ثم اعلم أن من الأصحاب من يقول: يجب التعرض للأوصاف التي يختلف بها الغرض[١]. ومنهم من يعتبر الأوصاف التي تختلف بها القيمة. ومنهم من يجمع بينهما، وليس شيء منها معمولاً بإطلاقه؛ لأن كون العبد ضعيفاً في العمل وقويّاً وكاتباً وأميناً وما أشبه ذلك؛ أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة، ولا يجب التعرض لها.

ثم قوله: (لا يصح السلم إلا في كذا)، يقتضي صحة السلم في كذا؛ لأن الاستثناء من النفي إثباتٌ، وليس ذلك[٢] على الإطلاق، بل لو انضبط منه كل وصف تختلف به القيمة ولكن كان عزيز الوجود؛ لا يصح السلم فيه. والله أعلم.

قال:

(وأما ما يَقبلُ الوَصفَ ولكن يُفضي الإطنابُ فيه إلى عزّةِ الوجود، كاللآلئ الكبارِ واليواقيت، والجاريةِ الحسناءِ معَ ولدِها، إلى غيرِ ذلكَ مما يعِزُّ وجودُه[٣]؛ فإن ذلكَ يوجبُ[٤] عُسراً في التَّسليم؛ فلا يجوزُ السَّلمُ فيه).

قد سبق أن السلم فيما يندر وجوده لا يجوز؛ لأنه عقد غرر؛ فلا يحتمل إلا فيما

---

(١) في (ظ): (القيمة).

(٢) في (ز): (كذلك).

(٣) قوله: (مما يعز وجودُه) سقط من (ز).

(٤) في (ز): (يورث). (م ع).

يوثق بتسليمه. ثُم الشيءُ قد يكون نادرَ الوجود من حيث جنسه، كلحم الصيد في موضع العزة، وقد لا يكون كذلك، إلا أنه بحيث إذا ذُكِرتْ أوصافه التي بيّنّا أنه يجب التعرضُ لها عَزَّ وجودُه؛ لندرةِ اجتماعها. وفي هذا القسم صورتان:

إحداهما: لا يجوز السلم في اللآلئ الكبار واليواقيت والزبرجد والمرجان؛ لأنه لا بد فيها من التعرض للحجم والشكل والوزن والصفاء؛ لعظم تفاوت القيمة باختلاف هذه الأوصاف، واجتماع المذكور فيها[1] نادر، ويجوز في اللآلئ الصغار إذا عم وجودها كيلاً ووزناً[2].

وبم ضبط النوعين؟ قال قائلون: ما يطلب للتداوي فهو صغير، وما يطلب للتزين؛ فهو كبير. وعن الشيخ أبي محمد: أن ما وزنه سدس دينار؛ يجوز السلم فيه، وإن كان يطلب منه التزين[3]؛ لعموم وجوده، والوجه أن يكون اعتبار السدس بالتقريب.

الثانية: لو أسلم في جارية وولدها أو جارية وأختها أو عمتها أو شاة وسخلتها: لم يجز. لأن اجتماع الجارية الموصوفة بالصفات المشروطة نادر. هكذا أطلقه الشافعي رضي الله عنه وعامة الأصحاب رضي الله عنهم، وفصّل الإمام فقال: لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها، ويمتنع في السرية التي تكثر صفاتها[4]، وإلى هذا التفصيل أشار في الكتاب بقوله: (والجارية الحسناء)، وهذا مفرع على أن الصفات التي يجب التعرض لها تختلف باختلاف الجواري، ولم تفصل الأئمة القول فيه كما

---

(١) في (ز): (منها).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ١٧): «قلت: هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين: أن ما لا يعد الكيل فيه ضبطاً لا يصح السلم فيه كيلاً، فكأنه اختار هنا ما تقدم من إطلاق الأصحاب. والله أعلم».

(٣) في (هـ): (وإن كان للتزيين).

(٤) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤١).

ستعرفه، لكن في موضع[1] السلم إشكال على الإطلاق؛ لأنهم حكوا عن نصه: أنه لو شرط كون العبد كاتباً أو الجارية ماشِطة: جاز. ولمدعٍ أن يدّعي ندرة اجتماع صفة الكتابة والمشط مع الصفات التي يجب التعرض لها، بل قضية ما أطلقوه تجويزُ السلم في عبدٍ وجارية بشرط كون هذا كاتباً وتلك ماشطة، وكما يندر كون أحد الرقيقين ولداً للآخر مع اجتماع الصفات المشروطة فيهما، فكذا يندر كون أحدهما كاتباً والآخر ماشطاً مع اجتماع تلك الصفات، فلنسوِّ بين الصورتين في المنع والتجويز.

ولو أسلم في جارية وشرط كونها حاملاً؛ فطريقان:

أظهرهما: المنع، وعللوه بأن اجتماع الحمل مع الصفات المشروطة نادر، وهذا يؤيد الإشكال الذي أوردناه.

والثاني ـ وبه قال أبو إسحاق وأبو علي الطبري وابن القطان ـ: أنه على قولين، بناءً على أن الحمل هل له حكم أم لا؟ إن قلنا: نعم: جاز، وإلا؛ فلا؛ لأنه لا يعرف حصوله، وهما كالقولين في الشراء بهذا الشرط[2].

ولو شرط كون الشاة المسلم فيها لبوناً؛ فقولان منصوصان. وقد ذهب الشيخ أبو حامد إلى ترجيح قول الجواز، كما مر في شراء الجارية بشرط أنها لبون[3]، لكن قضية توجيه[4] أظهر الطريقين في صورة الحمل تقتضي ترجيح المنع هاهنا أيضاً، وبه أجاب صاحب «التهذيب»[5]. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (منع).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧٤).

(٣) في (هـ): (بشرط كونها لبوناً).

(٤) في (ظ): (توجيهه).

(٥) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٧٧).

قال:

(ويجوزُ السَّلمُ في الحيواناتِ[١] (ح)؛ للأخبارِ والآثارِ فيه، فيتعرَّضُ للنَّوعِ واللَّون والذُّكورةِ والأنوثةِ والسِّنّ، فيقول: عبدٌ تركيٌّ أسمرُ ابنُ سبعٍ طويلٌ (و) أو قصيرٌ (و) أو رَبْعة[٢] ثم يُنزلُ كلُّ شيءٍ على أقلِّ الدرجات، ولا يُشترطُ وصفُ آحادِ الأعضاء؛ إذ يُفضي اجتماعُها إلى عزّةِ الوجود. وفي الكَحَل والدَّعَجِ وتكلثُمِ الوجهِ والسِّمَن في الجارية، وما لا يعزُّ وجودُه ولكن قد يُعدُّ استقصاءً فيه تردُّد، وكذا في ذكرِ الملاحة، ويقولُ في البعير: ثنيٌّ أحمرُ من نَعَمِ بني فلانٍ غيرُ مودون[٣]، أي: غيرُ ناقصِ الخِلقة. ويتعرض في الخيل لِلَّونِ والسِّنِّ والنَّوع. ولا يجبُ التَّعرُّضُ للشِّيَاتِ، كالأغرِّ واللَّطيم. ويتعرضُ في الطيورِ للنَّوعِ والكِبَرِ والصِّغَرِ من حيثُ الـجُثّة).

يجوز السلم في الحيوان. وبه قال مالك[٤] وأحمد[٥]، خلافاً لأبي حنيفة[٦]؛ لما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أشتري بعيراً ببَعِيرَيْنِ إلى أجل»[٧]، وعن علي رضي الله عنه: أنه باع بعيراً له بعشرين بعيراً إلى

---

(١) في (ز): «الحيوان». (م ع).

(٢) كذا في (ز)، وفي غيرها: «أو ربع». (م ع).

(٣) في (هـ): (مولب).

(٤) يجوز السلم في الحيوان بشروطه عند المالكية. انظر: «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٠١).

(٥) ويصح بشروطه عند الحنابلة، مثل: أن لا يكون الحيوان من الحوامل والشاة اللبون وغيرها. انظر: «كشاف القناع» (٣/ ٢٨٩-٢٩٠).

(٦) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٠٩).

(٧) سبق تخريجه في باب الربا (٥/ ٤٤٦)، من حديث أبي داود وأحمد والدارقطني والبيهقي والحاكم، وضعفه الحافظ الزيلعي، كما في «نصب الراية» (٤/ ٤٧).
أقول: قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. (م ع).

أجل[١][٢]، وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفيها صاحبها بالربذة[٣]. وهذه ونحوها هي الأخبار والآثار التي أجمل ذكرها في الكتاب. ثم الحيوان أنواع:

فمنها: الرقيق. فإذا أسلم فيه؛ وجب التعرض لأمور:

أحدها: النوع، فيبين أنه تركي أو رومي أو هندي. وهل يجب التعرض لصنف النوع إن كان فيه اختلاف؟ فيه قولان، أظهرهما: الوجوب.

والثاني: اللون؛ فيبين أنه أبيض أو أسود ويصف البياض بالسمرة أو الصفرة والسواد بالصفاء أو الكدورة، وهذا إذا اختلف لون الصنف المذكور. فإن لم يقع فيه اختلاف؛ أغْنَى ذكرُه[٤] عن اللون.

والثالث: الذكورة والأنوثة.

---

(١) أخرجه البيهقي (٥/ ٢٨٨)، في البيوع، باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه بعضه ببعض نسيئة، بطريق الشافعي عن علي كرم الله وجهه. قال صاحب «الجوهر النقي»: «وهذا مرسل، لأن الحسن لم يلق جده عليّاً، وقد جاء عن علي خلاف ذلك»، وساقه من حديث عبد الرزاق في «مصنفه». وأخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥٢)، برقم (٥٩)، في البيوع، باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه، مرسلاً.

(٢) من قوله: (وعن علي) إلى هنا سقط من (ظ).

(٣) وأثر ابن عمر رواه البيهقي (٥/ ٢٨٨)، في البيوع، باب الحيوان وغيره، بإسناده، بطريق الشافعي ومالك عن ابن عمر رضي الله عنهما. ورواه مالك في «الموطأ» (٢/ ٦٥٢)، برقم (٦٠)، قال صاحب «الجوهر النقي» (٥/ ٢٨٨): «قد جاء عن ابن عمر خلاف هذا». قال عبد الرزاق: «أنا معمر عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني: أنه سأل ابن عمر عن بعير ببعيرين نظرة، فقال: لا. وكرهه» فيحمل الأول على أن الأبعرة كانت بالربذة، فهذا بيع غائب وليس بنسيئة وإنما شرط الضمان، لأن من مذهب ابن عمر أن المبيع لا يكون مضموناً على البائع إلا بالشرط. كذا ذكره القدوري في «التجريد»، قال: وروي عن ابن مسعود وابن عباس والحكم ابن عمرو الغفاري مثل قولنا. وقال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٣): «ويمكن الجمع بأنه كان يرى فيه الجواز، وإن كان مكروهاً على التنزيه لا على التحريم».

أقول: وأثر ابن عمر علقه البخاري في صحيحه (٥/ ١٧٠) كتاب البيوع، باب بيع العبد والحيوان بالنسيئة. (م ع).

(٤) أي: لم يجب ذكر اللون.

والرابع: السن؛ فيقول: محتلم أو ابن ست أو سبع، ثم الأمر في السن على التقريب، حتى لو شرط كونه ابن سبع ـ مثلاً ـ بلا زيادة ولا نقصان؛ لم يجز؛ لندرة الظَّفَر به. والرجوع في الاحتلام إلى قول العبد، وفي السن يعتمد قوله إن كان بالغاً، وقول سيده إن ولد في الإسلام، وإلا فالرجوع إلى النَخَّاسِين[١]، فتعتبر ظنونهم.

والخامس: القَد[٢]؛ فيبين أنه طويل أو قصير أو رَبْعة؛ لأن القيمة تتفاوت بها تفاوتاً ظاهراً.

وأَعْلِمْ قوله في الكتاب: (طويل أو قصير)، بالواو؛ لأن الإمام[٣] نقل عن العراقيين أنه لا يعتبر ذكر القد. وتابعه صاحب الكتاب في «الوسيط»[٤]، لكن كُتُب العراقيين مشحونة بأنه يجب ذكره، ولم يتعرضوا الخلاف فيه. والله أعلم.

واعتبروا التعرض لأمر سادس؛ وهو: الجودة، وهذا لا يختص بالرقيق ولا بالحيوان، وستعرف حكمه من بعد.

وقوله: (ثم ينزل كل شيء على أقل الدرجات)، معناه: أنه إذا أتى بما يقع عليه اسم الوصف المشروط كفى ووجب القبول؛ لأن الرتب لا نهاية لها. وهذا كما ذكرنا فيما إذا باع العبد بشرط أنه كاتب أو خباز، والمسألة لا اختصاص لها بهذا الموضع، بل تعم كل مسلم فيه.

---

(١) النَخَّاسُ: دَلّالُ الدوَابّ ونحوها. «المصباح المنير»، مادة: نَخَس.

(٢) القَدُّ: وِزان فَلْس، جلد السخلة، وهو حسن القَدِّ، وهذا على قَدِّ ذاك، يراد به المساواة والمماثلة. «المصباح المنير»، مادة: قدد. قلت: فهو بمعنى القَدْر.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٥٦).

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٣٨-٤٣٩).

ولا يشترط وصف كل عضو على حياله بأوصافه المقصودة، وإن تفاوت بها الغرض والقيمة؛ لأن ذلك يورث عزة[1] الموصوف، لكن في التعرض للأوصاف التي يعتني بها أهل البصر[2]، وترغب بها في الأرقاء، كالكحل[3] والدَّعَج[4] وتكلثم[5] الوجه وسمن الجارية وما أشبهها وجهان:

أحدهما ـ وبه قال الشيخ أبو محمد ـ: أنه يجب؛ لأنها مقصودة، ولا يورث ذكرها العزة.

وأظهرهما: أنه لا يجب؛ لأن الناس يتسامحون بإهمالها ويعدون ذكرها استقصاء. وعن القفال تردد رأي في الملاحة؛ بناءً على أنها من حملة المعاني أو المرجع بها إلى ما يميل إليه طبع كل أحد؟ والأظهر: أنه لا يعتبر.

واعلم أن الشافعي ذكر في السلم في العبد أنه يقول: خماسي أو سداسي، وأنه يصف سِنَّه. واختلفوا في التفسير؛ فمنهم من قال: أراد بالخماسي والسداسي التعرض للقد، يعني خمسة أشبار أو ستة. ومنهم من قال: أراد به السن، يعني ابن خمس أو ستٍّ. فمن قال بالأول؛ حمل قوله: (يصف[6] سنه)، على المعنى الثاني، ومن قال بالثاني؛ حمل

---

(١) في (هـ): (عزة الوجود في).

(٢) أي: الخبرة.

(٣) الكَحَلُ بفتحتين، وهو سواد يعلو جفون العين خِلقةً. «المصباح المنير»، مادة: كحل.

(٤) دَعِجَتِ العيْن دَعَجاً من باب تعب، وهو سعة مع سواد. وقيل: شدّة سوادها في شدة بياضها. «المصباح المنير»، مادة: دعج.

(٥) الكَلْثَمَةُ: اجتماع لحم الوجه بلا جهومة، وامرأة مكَلْثَمَةٌ. والكُلثوم كزُنْبُور: الكثير لحم الخدّيْن والوجه. «القاموس المحيط»، باب الميم، فصل الكاف. قال في «مغني المحتاج» (٢/ ١١١): «تكلثم الوجه: استدارته وثقل الأرداف ودقة الخصر والملاحة».

(٦) في (ز): (نصف).

قوله: (يصف سنه)، على[١] الأسنان المعروفة[٢]، أي: يذكر أنه مفلَّج[٣] الأسنان أو غيره. وذلك من طريق الأولى دون الاشتراط، كالتعرض لجعودة الشعر أو سبوطته. وحكى المسعودي: أن الخماسي والسداسي صنفان من عبيد النوبة[٤] معروفان عندهم.

فرع: ذكر الشيخ أبو حامد في آخرين: أنه لا يجب ذكر الثيابة والبكارة في الجارية[٥]. وعن الصيمري: أنه يجب، وبه أجاب صاحب «المهذب»[٦]، وهو الأولى[٧].

فرع آخر: لو شرط كون العبد يهوديّاً أو نصرانيّاً؛ جاز، كشرط كونه خبازاً، ولو شرط كونه ذا زوجة وكون الجارية ذات زوج؛ فعن الصيمري: أنه جائز، وزعم أن ذلك مما لا يندر. وعنه: أنه لو شرط كونه سارقاً أو زانياً أو قاذفاً: جاز[٨] أيضاً، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية أو عوّادةً[٩]. وفرق بأنها صناعة محظورةٌ، وتلك أمور تحدث، كالعمى والعور وقطع اليد. وهذا فرق لا يقبله ذهنك.

ثالث: لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة؛ فعن أبي إسحاق: أنه لا يجوز؛ لأنها قد تكبر وهي بالصفة المشروطة فيسلمها بعد أن يطأها؛ فتكون في معنى استقراض[١٠]

---

(١) من قوله: (المعنى الثاني) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) في (ظ) و(هـ): (المذكورة).

(٣) فَلَجُ الأسنان: تباعدٌ بينها. «لسان العرب»، مادة: فلج.

(٤) بلاد النوبة: السودان. «الأنساب» للسَّمْعَانّي، مادة: نوب.

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٣٨-٤٤٠).

(٦) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧٥-٧٦).

(٧) أي: الأصح.

(٨) قوله: (قاذفاً: جاز) سقط من (ظ).

(٩) أي: التي تضرب بالعود، كما في «مغني المحتاج» (٢/ ١١١).

(١٠) أي: اقتراض.

الجواري. والصحيح: الجواز، كإسلام صغار الإبل في كبارها. وهل يتمكن من تسليمها عما عليه؟ فيه وجهان لاتحاد الثمن والمثمن، إن قلنا: يتمكن؛ فلا مبالاة بالوطء كوطء الثيب وردها بالعيب.

ومن أنواع الحيوان: الإبل، ولا بد من التعرض فيها لأمور:

أحدها: الذكورة والأنوثة.

وثانيها: السن؛ فيقول: ابن مخاض[١] أو ابن لبون أو ثني[٢].

وثالثها: اللون؛ فيقول: أحمر أو أسود أو أزرق.

ورابعها: النوع، مثل أن يقول: من نعم بني فلان ونتاجهم. وهذا فيما إذا كثر عددهم وعرف بهم نتاجٌ كطيِّئ وبني قيس، فأما النسبة إلى الطائفة القليلة؛ فهي[٣] كتعيين البستان في الثمار. ولو اختلف نتاج بني فلان وكان فيها أرحبية ومهرية ومجيدية؛ فأظهر القولين: أنه لا بد من التعيين.

وأما قوله: (غير مودون[٤])، نقيّ من العيوب سبط الخلق محفر الجنبين. والمودى: غير ناقص الخلقة. والسبط: المديد القامة الوافر الأعضاء. ومحفر الجنبين[٥]: عظيمها وواسعها. واتفق الأصحاب على أن ذِكْرَ هذه الأمور ليس بشرط، وإنما هو ضرب من التأكيد.

ومنها: الخيل، فيجب التعرض فيها لما يجب التعرض له في الإبل. ولو ذكر معه

---

(١) ابن مَخَاض: ولد الناقة يأخذ في السنة الثانية، فإذا دخل في الثالثة فهو ابن لبون. «المصباح المنير»، مادة: مخض.

(٢) الثَنِيُّ: الجَمَلُ يدخل في السنة السادسة، والناقة: ثنيَّةٌ. «المصباح المنير»، مادة: ثنى.

(٣) في (هـ): (فهو).

(٤) في (هـ): (موزن، فإن الشافعي رضي الله عنه ذكر في «المختصر» أنه يقول في السلم في البعير: غير موزن).

(٥) قوله: (ومحفر الجنبين) سقط من (ظ).

الشِّيَاتَ[١] كالأغر والمحجل واللطيم[٢]؛ كان أولى، ولو أهملَهَا[٣]: جاز. وحمل قوله: (أشقر[٤] أو أدهم[٥])، على البهيم[٦]. وكذا القول في البغال والحمير والبقر والغنم، وما لا يتبين نوعه بالإضافة إلى قوم، يتبين بالإضافة إلى بلد وغيره.

ومنها: الطيور، ويجوز السلم فيها، كالنعم وغيرها. وقال في «المهذب»[٧]: لا يجوز؛ لأنه لا يضبط سنها ولا يعرف قدرها بالدرع. فعلى المشهور: يوصف منها النوع والصغر والكبر من حيث الجثة، ولا يكاد يعرف سنها فإن عرف وصف به.

ويجوز السلم في السمك والجراد، حيّاً وميتاً عند عموم الوجود، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به. والله أعلم.

قال:

(ويقولُ في اللَّحم: لحمُ بقرٍ أو غنمٍ ضأنٍ، أو معزٍ ذكرٍ أو أنثى، خصيٍّ أو غيرِ خصيّ، رضيعٍ أو فطيم، معلوفةٍ أو راعية، من الفخذِ أو من الجنب. ولا يُشترطُ نزعُ العظم).

---

(١) والشِّيَـةُ: العلامة، وأصلها: وِشْيَـةٌ. والجمع: شِيَاتٌ مثل عِدَاتٍ، وهي في ألوان البهائم سواءٌ في بياض أو بالعكس. «المصباح المنير»، مادة: وشى. وفي نسخ «العزيز»: (الشيئان)، وهو خطأ.

(٢) لَطَمَتِ الغُـرَّةُ الفرسَ: سالت في أحد شِقّي وجهه، فهو لَطِيمٌ، الذكر والأنثى سواء، والجمع: لُطُم. «المصباح المنير»، مادة: لطم.

(٣) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (أهملها).

(٤) الشُّقْرَةُ من الألوان: حمرةٌ صافية في الخيل. «المصباح المنير»، مادة: شقر.

(٥) فرسٌ أدهم: إذا اشتدت وُرْقتُه حتى ذهب بياضُهُ. «المصباح المنير»، مادة: دهم.

(٦) البَهِيم من الخيل: الذي لا شِيَةَ فيه. «لسان العرب»، مادة: بهم.

(٧) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٧٤).

السلم في اللحم جائز، خلافاً لأبي حنيفة[1].

لنا: أنه يمكن ضبط صفاته؛ فأشبه الثمار. ويجب فيه بيان أمور:

أحدها: الجنس؛ فيقول: لحمُ إبل أو بقر أو غنم.

والثاني: النوع؛ فيقول: لحم بقرٍ أهليٍّ أو جواميس ولحم ضأن أو معز.

والثالث: الذكورة والأنوثة، وإذا بين الذكورة والأنوثة فليبين أنه خصي أو غير خصي.

والرابع: السن؛ فيقول: صغير أو كبير، ومن الصغير رضيع أو فطيم، ومن الكبير جذع أو ثني.

والخامس: يبين أنه من راعيـةٍ أو معلوفة؛ لأن كل واحد من النوعين مطلوب من وجه. قال الإمام: ولا اكتفاء بالعلف بالمرة والمراتِ حتى ينتهي إلى مبلغ مؤثر في اللحم.

فإن قلت: أطلق الأصحاب قولهم باعتبار هذا الأمر، ولفظ الشافعي رضي الله عنه في «المختصر» ويقول: في لحم البعير خاصةً بغير وَاعٍ، فكيف الجمع؟ فالجواب: أن النص محمول على عادتهم، فإنهم كانوا لا يعلفون إلا الإبل؛ فلم يفتقروا إلى التقييد في غير الإبل[2]. فأما حيث جرت العادة بعلفِ غيرِهِ[3]؛ فلا بد من بيانه.

والسادس: يبين موضعه: أهو من الفخذ أو الجنب أو الكتف؛ لاختلاف الأغراض.

---

(١) لا يجوز السلم في اللحم في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز إذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه. انظر «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٠).

(٢) من قوله: (فلم يفتقروا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (ظ): (غيرها).

وفي كتب أصحابنا العراقيين: اعتبار أمر سَابع[١]؛ وهو بيان[٢]: السمن والهزال. ولا يجوز شرط الأعجف[٣]؛ لأن العجف هزال عن علَّةٍ، وشرط العيب مفسد، على ما سيأتي.

ويجوز في اللحم المملح والقديد إذا لم يكن عليه عين الملح، فإن كان؛ فقد مر الخلاف[٤] في جوازه[٥] في نظيره. ثم إذا أطلق السلم في اللحم؛ وجب قبولُ ما فيه من العظم على العادة، وإن شرط نزع العظم: جاز، ولم يجب قبوله.

ويجوز السلم في الشحم والإلية والكبد والطحال والكلية[٦] والرئة.

وإذا أسلم في لحم الصيد: ذكر ما يجب ذكره في سائر اللحوم، لكن الصيد الذَّكَر لا يكون إلا فحلاً وراعياً؛ فلا حاجة إلى التعرض للأمرين[٧]. قال الشيخ أبو حامد[٨] والمقتدون به: ويبين أنه صيد بأحبولة أو بسهم أو بجارحة، ويبين أنها كلب أو فهد؛ لأن صيد الكلب أطيب؛ لطيب نكهته.

وفي لحم الطير والسمك يبين الجنس والنوع والصغر والكبر من حيث الجثة، ولا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة، إلا إذا أمكن التمييز وتعلق به الغرض، ويبين موضع اللحم إذا كان الطير والسمك كثيرين، ولا يلزم قبول الرأس والرجل من الطير والذنب من السمك.

---

(١) في (ط الفكر) و(ز): (شائع).

(٢) في (ظ): (خال).

(٣) أي: الأضعف.

(٤) في (هـ): (فإن كان تقدم الخلاف).

(٥) قوله: (في جوازه) سقط من (ط الفكر)، ولا بد لذكره، كما في «مغني المحتاج» (٢/ ١١٢).

(٦) في (ظ): (والقلب).

(٧) قال في «مغني المحتاج» (٢/ ١١٢): «ولا مدخل للخصاء والعلف وضدهما في لحم الصيد».

(٨) في (ظ): (محمد).

قال:

(ولا يُسلمُ في المطبوخِ والمشويِّ[١] إذا كانَ لا يَعرفُ قدرَ تأثيرِ النّارِ فيه بالعادة).

لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والمشوي؛ لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه، وتعذر الضبط. وفي السلم في الخبز وجهان، ذكرناهما في فصل المختلطات.

وجه الجواز: أن لتأثير النار فيه نهاية مضبوطة، كالسمن والدبس[٢]، والسكر والفانيذ[٣] كالخبز؛ فيجري في ثلثها الوجهان[٤]. وأشار الإمام[٥] إلى طريقة قاطعة بجواز السلم[٦] في السكر والفانيذ.

وفي اللبا[٧] الوجهان؛ اختيار الشيخ أبي حامد: المنع[٨]. واختيار القاضي أبي الطيب: الجواز.

فأما ما جفف ولم يطبخ؛ فيجوز السلم فيه بلا خلاف.

ويقرب من صور الخلاف تـرددُ صاحب «التقريب» في السلم في الـماء، ورد

---

(١) في (ز): (اللحم المطبوخ والمشوي لاختلاف).

(٢) الدِّبْس: عصارة الرطب. «المصباح المنير»، مادة: دبس.

(٣) هو نوع من الحلوى يعمل من القَنْد والنشاء. «المصباح المنير»، مادة: فند.

(٤) في (هـ): (كالخبز في سلمها الوجهان).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٤).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٢٢): «قلت: وممن اختار في هذه الأشياء: الغزالي وصاحب «التتمة». والله أعلم».

(٧) اللِّبَأ: أول اللبن عند الولادة. «المصباح المنير»، مادة: لبأ.

(٨) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٤٥-٤٤٦).

لاختلاف تأثير النار فيها يتصعَّد ويقطر. واستبعد إمام الحرمين وجه المنع فيها جميعاً[١]، ولا عبرة بتأثير الشمس، بل يجوز السلم في العسل المصفى بالشمس، وفي العسل المصفى بالنار الوجهان في الدبس ونحوه. ومما يوجه به المنع: أن النار تُعَيِّبُه وتسرع الفساد إليه. والله أعلم.

قال:

(وفي السَّلمِ في رؤوسِ الحيواناتِ بعدَ التنقيةِ من الشُّعورِ قولان؛ لتردُّدِها بينَ الحيواناتِ والمعدودات. والأصحُّ في الأكارعِ الجواز؛ لقلّةِ الاختلافِ في أجزائِها).

في السلم في رؤوس الحيوانات المأكولة قولان:

أحدهما: الجواز. وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣]، كالسلم في جملة الحيوان، وكالسلم في لحم الفخذ وسائر الأعضاء.

وأظهرهما: المنع. وبه قال أبو حنيفة[٤]؛ لاشتمالها على أبعاض مختلفة، كالمناخر[٥] والمشافر[٦] وغيرها، وتعذر ضبطها، ويخالف السلم في الحيوان؛ فإن

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٤٤).

(٢) «الإشراف» (١/ ٢٨٢).

(٣) «المغني» (٤/ ٣٠٩).

(٤) «مجمع الأنهر» (٢/ ٩٩).

(٥) المَنْخِر وزان المسجد: خَرْقُ الأنف، وأصلُه موضع النَّخِير، وهو الصوت من الأنف، والمُنخور مثل عصفور لغة طيٍّ، والجمع: مَنَاخِر ومناخير. «المصباح المنير»، مادة: نخر.

(٦) شُفْرُ العين: حَرْف الجفن الذي ينبت عليه الهدْب. «المصباح المنير»، مادة: شفر.

المقصود جملة الحيوان من غير تجريد النظر إلى آحاد الأعضاء، ويخالف السلم في لحوم سائر الأعضاء؛ فإن لحم سائر الأعضاء أكثر من عظمها، والرأس على العكس، والأكارع كالرؤوس[١]. ورأى صاحب الكتاب الجواز فيها أصح؛ لأنها أقرب إلى الضبط، لكن الجمهور على الأول. وعن القاضي[٢] أبي الطيب الرمز إلى القطع بالمنع فيها.

فإن قلنا بالجواز فيهما[٣]؛ فذلك بشروط [٤]:

أحدها: أن تكون منقاة من الصوف والشعر. فأما السلم فيها من غير تنقية؛ فلا يجوز؛ لتستر المقصود بما ليس بمقصود.

والثاني: أن توزن، فأما بالعدد؛ فلا ؛لاختلافها في الصغر والكبر.

والثالث: أن تكون نَيئَةً، فأما المطبوخة والمشوية؛ فلا سلم فيها بحال.

وفي كتاب القاضي ابن كج اعتبار شرط آخر؛ وهو: أن تكون المشافر والمناخر منحاة عنها، وهذا لا اعتماد عليه.

وقوله في الكتاب: (لترددها بين الحيوانات والمعدودات)، إشارة إلى توجيه القولين:

فوجه الجواز: الشبه بالحيوانات.

ووجه المنع: أن الوزن لا يكفي فيها؛ لكون الكبر مقصوداً منها فتُلحَق

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٢٢): «قلت: فإذا جوزناه في الأكارع، فمِن شرطه: أن يقول: من الأيدي والأرجل. والله أعلم».

(٢) في (ظ) و(هـ): (بل عن).

(٣) في (ظ): (فيها).

(٤) في (هـ): (للشرُوط).

بالمعدودات. ولا يجوز السلم فيها بالعد، كما[١] سبق. وفي لفظ «المختصر» إيماء إلى هذا الكلام؛ فإنه قال: وأرى الناس تركوا وزن الرؤوس؛ لما فيها من الصوف وأطراف المشافر والمناخر وما أشبه ذلك؛ لأنه لا يؤكل. والله أعلم.

قال:

(ويجوزُ السَّلمُ في اللَّبنِ والسَّمنِ والزّبدِ والمخيضِ والوَبرِ والصُّوفِ والقُطنِ والإبريسمِ والغزليّ[٢] المصبوغِ وغيرِ المصبوغ، وكذا في الثِّيابِ بعد ذكرِ النَّوعِ والدِّقّةِ والغِلظ، والطولِ والعَرض، وكذا في الحطبِ والخشبِ والحديدِ والرَّصاص، وسائرِ أصنافِ الأموالِ إذا اجتمعتِ الشَّرائطُ التي ذكرناها. والله أعلم).

في الفصل صورٌ:

إحداها[٣]: يجوز السلم في اللبن. ويبين فيه ما يبين في اللحم سوى الأمر الثالث[٤] والسادس[٥]. ويبين نوعَ العلف؛ لاختلاف الغرض بذلك، ولا حاجة إلى ذكر اللون ولا إلى ذكر الحلاوة؛ فإن المطلق ينصرف إلى الحلو. بل لو أسلم في اللبن الحامض: لم يجز؛ لأن الحموضة عيبٌ فيه. ولو أسلم في لَبَنِ يومين أو ثلاثةٍ؛ فإنما يجوز إذا بقي حلواً في تلك المدة. وفي السلم في السمن، يبين ما في اللبن، ويذكر أنه أبيض

(١) في (ظ): (فيها بالعدد كما).

(٢) في (ز): (والغزل).

(٣) من قوله: (في الفصل) إلى هنا سقط من (ظ) و(هـ).

(٤) وهو بيان الذكورة والأنوثة، وأنه خصي أو غير خصي.

(٥) وهو بيان موضعه: أهو من الفخذ أو الجنب أو الكتف.

أو أصفر. وهل يحتاج إلى التعرض للحديث والعتيق؟ قال الشيخ أبو حامد: لا، بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه. وقال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب، لا كل عتيقٍ؛ فيجب البيان. وفي[١] الزُّبْد[٢] يذكر مثل ما في السمن، ويذكر أنه زبد يومه أو أمسه. ويجوز السلم في اللبن كيلاً ووزناً، لكن لا يكال حتى تسكن الرِّغْوَة[٣]، ويوزن قبل سكونها. وكذا السمن يكال ويوزن إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال؛ فيتعين الوزن. وليس في الزبد إلا الوزن. وكذا في اللِّبَاء المجفف، وقبل الجفاف هو كاللبن. وإذا جوزنا السلم في الجبن، وجب بيان نوعه وبلده، وأنه رطب أو يابس.

وأما قوله: (والمخيض)، فاعلم أن المخيض الذي فيه ماء لا يجوز السلم فيه، نص عليه الشافعي رضي الله عنه. وقد أدرجناه في أثناء المختلطات. فالذي ذكره محمولٌ على ما إذا مخض اللبن من غير ماء، وحينئذ فوصفه بالحموضة لا يضر[٤]؛ لأن الحموضة مقصودة فيه.

الثانية: إذا أسلم في الصوف، قال: صوف بلد كذا؛ لاختلاف الغرض به، ويبين لونه وطوله وقصره، وأنه خَرِيفيّ أو رَبِيعيّ؛ فالخريفي أنظف، وأنه من ذُكُورٍ أو إناثٍ؛ فصوف الإناث أشد نعومة، واستغنوا بذلك عن ذكر اللِّين والخشونة، ولا يقبل الإنقاء[٥] من الشوك والبعر. وإن شرط كونه مغسولًا: جاز، إلا أن يعيبه الغسل.

---

(١) في (هـ): (ويذكر في).

(٢) الزُّبْد وزان قفل: ما يستخرج بالمَخِيض من لبن البقر والغنم. وأما لبن الإبل فلا يسمى ما يستخرج منها زُبْداً. «المصباح المنير»، مادة: زبد.

(٣) الرِّغْوَة: الزَّبَد يعلو الشيء عند غليانه. «المصباح المنير»، مادة: رغو.

(٤) أي: جاز.

(٥) نَقِيَ الشيء نَقَاءً ونَقَاوَةً: نَظُفَ، فهو نَقِيٌّ على فَعِيل، ويَعَدَّى بالهمزة والتضعيف. «المصباح المنير»، مادة: نقى. وفي أصل «العزيز»: (الأنقيا)، وهو خطأ.

والوبر والشعر كالصوف، والطريق فيهما [١] الوزن.

الثالثة: يبين في القطن بلده ولونه وكثرة لحمه وقلته والخشونة والنعومة وكونه عتيقاً أو حديثاً إن اختلف الغرض به، والمطلق يحمل على الجاف، وعلى ما فيه الحب، ويجوز في الحليج وفي حب القطن، ولا يجوز في القطن [٢] في الجوزق قبل التشقق. وأما بعده؛ ففي «التهذيب»[٣]: أنه يجوز. وقال في «التتمة»: ظاهر المذهب: أنه لا يجوز؛ لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه، وهذا ما أطلق العراقيون حكاية عن النص.

الرابعة: يبين في الإبريسم بلده ولونه ودقته وغلظه، ولا حاجة إلى ذكر الخشونة والنعومة. ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حية كانت أو ميتة؛ لأنها تمنع معرفة القز[٤] وبعد خروج الدود يجوز.

وإذا أسلم في الغزل ذكر ما يذكر في القطن، ويذكر الدقة والغلظ أيضاً. ويجوز السلم في غزل الكتان أيضاً. ويجوز شرط كونه مصبوغاً، ولا بد من بيان الصبغ.

الخامسة: إذا أسلم في الثياب بين الجنس: أنه من إبريسم أو كتان أو قطن، والنوع والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض، وقد يغني ذكر النوع عنه، وعن الجنس أيضاً، ويبين الطول والعرض والغلظ والدقة والصَّفَاقَة [٥] والرقة والنعومة والخشونة. ويجوز في المقصور، والمطلق محمول على الخام. ولا يجوز في اللبيس[٦]؛ لأنه

---

(١) في (ظ) و(ز): (فيها)، وفي (هـ): (فيه).

(٢) قوله: (في القطن) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٨٠).

(٤) من قوله: (وفيه الدود حيةٌ) إلى هنا سقط من (ظ).

(٥) صفُقَ الثوبُ صفَاقةً فهو صَفِيقٌ، خلافُ سَخِيف. «المصباح المنير»، مادة: صفق. وفي (ظ) و(ط الفكر) و(هـ): (الصفاء فيه).

(٦) أي: الملبوس.

لا ينضبط[١]. ويجوز السلم فيما صبغ غزله قبل النسج، كالبرود. والمشهور في كتب الأصحاب: أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج، ووجهوه بشيئين:

أحدهما: أن الصبغ عين تزاينه[٢]، وهو مجهول المقدار، والغرض يختلف باختلاف أقداره.

والثاني: أنه يمنع معرفة النعومة والخشونة وسائر صفات الثوب. وحكى الإمام عن طائفة منهم[٣] شيخه[٤]: أنه يجوز[٥]. وبه قال صاحب «الحاوي»[٦]، وهو القياس، ولو صح التوجيهان[٧] لما جاز السلم في المنسوج بعد[٨] الصبغ أيضاً، وفي الغزل المصبوغ[٩] أيضاً[١٠]. وعن الصيمري: تجويز السلم في القميص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً وضيقاً وسعة.

السادس: الخشب أنواع:

منها: الحطب؛ فإذا أسلم فيه ذكر نوعه وغلظه ودقته، وأنه من نفس الشجر أو أغصانه ووزنه. ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف. والمطلق محمول على الجاف. ويجب قبول المعوج والمستقيم.

---

(١) من قوله: (ولا يجوز) إلى هنا سقط من (ظ).

(٢) في (ظ) و(هـ): (برأسه).

(٣) في (ظ) و(هـ): (فيهم).

(٤) وهو الشيخ أبو محمد.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٧-١٨).

(٦) «الحاوي الكبير» للماوردي (٥/ ٣٩٧-٣٩٨).

(٧) في (هـ): (الوجهان).

(٨) في (هـ): (قبل).

(٩) في (ط الفكر): (المنسوج).

(١٠) سقط من (ظ) و(هـ).

ومنها: ما يطلب للبناء، كالـجذوع؛ فيبين فيها النوع والطول والغلظ والدقة ولا حاجة إلى ذكر الوزن، خلافاً للشيخ أبي محمد. ولو ذكر: جاز، بخلاف الثياب. قال الشيخ أبو حامد: لأنه يمكن أن ينحت منها ما يزيد على القدر المشروط[١]. ولا يجوز السلم في المخروط؛ لاختلاف أعلاه وأسفله.

ومنها: ما يطلب ليغرس، فيسلم فيه بالعدد. ويذكر النوع والطول والغلظ[٢].

ومنها: ما يطلب ليتخذ منه القَسِيّ[٣] والسهام، فيذكر فيها النوع والدقة والغلظ، وزاد بعضهم التعرض لكونه سهلياً أو جبلياً؛ لأن الجبلي أصلح لها، ومنهم من اعتبر التعرض للوزن أيضاً فيه وفي خشب البناء.

السابعة: إذا أسلم في الحديد: ذكر نوعه وأنه ذكر أو أنثى ولونه وخشونته ولينه. وفي الرصاص: يذكر نوعه من قلعي وغيره. وفي الصُّفْرِ: من شَبَهٍ وغيره ولونهما وخشونتهما ولينهما. ولا بد من الوزن في جميع ذلك.

وكل شيء لا يتأتى وزنه بالقبان لكبره[٤] يوزن بالعرض على الماء[٥].

هذا شرح الصور التي نص عليها صاحب الكتاب، ونردفها بصور على سبيل الاختصار، فنقول:

السلم في المنافع كتعليم القرآن وغيره، جائز. ذكره الروياني.

ويجوز السلم في الدراهم والدنانير على أصح الوجهين؛ لأنه مال يسهل ضبطه.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٤٤).

(٢) من قوله: (ومنها: ما يطلب) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٣) بمعنى الشديد والرديء. «لسان العرب»، مادة: قسى.

(٤) سقط من (ط الفكر) و(ز)، وفي (هـ): (لكنه).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٦): «قلت: قد سبقت كيفية الوزن بالماء في باب الماء. والله أعلم».

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[١] ـ أنه لا يجوز، وعلى الأول: يشتَرط أن يكون رأس المال غير الدراهم والدنانير[٢].

ويجوز السلم في أنواع العطر العامة الوجود، كالعنبر والمسك والكافور، ويذكر وزنها ونوعها، فيقول: عنبر أشهب أو غيره، قطع[٣] أو فتات.

ويجوز السلم في الزجاج والطين والجص والنورة وحجارة الأرحية والأبنية والأواني، ويذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها، ولا حاجة إلى ذكر الوزن[٤].

ولا يجوز في البرام[٥] المعمولة ولا في الكيزان والحِباب[٦] والطسوت[٧] والمنابر والقماقم[٨] والطناجر؛ لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ولتعذر ضبطها. نعم، ما يصب منها في القالب[٩] يجوز السلم فيه؛ لأنه لا يختلف، وكذا في الأسطال

---

(١) «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١٢).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٢٧): «قلت: اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدراهم في الدنانير ولا عكسه سلماً مؤجلاً. وفي الحالّ وجهان محكيان في «البيان» وغيره: الأصح المنصوص في «الأم» في مواضع: أنه لا يصح.
والثاني: يصح بشرط قبضهما في المجلس. قاله القاضي أبو الطيب. والله أعلم».

(٣) في (هـ): (قطاع).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٢٧): «قلت: عدم اشتراط الوزن في الأرحية هو الأصح، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبغوي وآخرون. وقطع الغزالي باشتراطه. وادعى إمام الحرمين الاتفاق عليه، وليس كما ادعى. والله أعلم».

(٥) البِـرَام: جمع بُرْمَةٍ، وهي القِدر من الحجر. «المصباح المنير»، مادة: برم.

(٦) الحِبَابُ: جمع الحُبِّ بالضم: الخابية، أي: الساترة، فارسّي معرب. «المصباح المنير»، مادة: حبب وخبى.

(٧) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (الطشوش).

(٨) القُمقُمة: وعاء من صفر، له عروتان يستصحبه المسافر. والجمع: القماقم. «المصباح المنير»، مادة: قمم.

(٩) في (ط الفكر) و(هـ): (نعم، ما يعيب منها في الغالب)، وما أثبته يوافق ما في «مغني المحتاج» (٢/ ١١٤).

المربعة، كما يجوز في مربعات الصَّرْم[1] وقطع الجلود وزناً. ولا يجوز في الجلود على هيئتها؛ لتفاوتها دقة وغلظاً، وتعذُّرِ ضبطها.

ويجوز السلم في الكاغد عدداً، ويبين فيه النوع والطول والعرض، وفي اللبن والآجر. وفي الآجر وجه[2]؛ لتأثير النار[3] فيه. ولا يجوز السلم في العقار؛ لأنه يحتاج فيه إلى بيان المكان، وإذا بين: تعين. ولا يجوز[4] في العَلَس[5] والأرز؛ لاستتارهما بالكمام، ويجوز في الدقيق. وعن الداركي أنه لا يجوز.

وإذا أسلم في التمر بيَّن النوعَ؛ فيقول: معقلي أو برني؛ والبلَد، فيقول: بغدادي أو بصري؛ واللون، وصغر الحبات وكبرها، وكونه حديثاً أو عتيقاً. ولا يجب تقدير المدة التي مضت عليه. والحنطة وسائر الحبوب كالتمر. وفي الرطب: يبين جميع ذلك سوى الحديث والعتيق.

وفي «الوسيط»[6]: أنه يجب التعرض لذلك في الرطب، ولا حاجة إليه في البّر والحبوب. وهو خلاف النص، وما[7] عليه عامة الأصحاب.

وفي العسل: يبين أنه جبلي أو بلدي صيفي أو خريفي أبيض أو أصفر، ولا حاجة

---

(١) الصَّرْمُ بفتح الصاد: الجِلْدُ، معرب. «المصباح المنير»، مادة: صرم.

(٢) فيه وجه في عدم صحته.

(٣) في (هـ): (النوع النار).

(٤) في (هـ): (تعيّن، وإلى جوازه).

(٥) بفتحتين: ضرب من الحنطة يكون في القِشرة منه حبتان، وقد تكون واحدة أو ثلاث. وقال بعضهم: وهو حبة سوداء تؤكل في الجدب. وقيل: هو مثل البر إلا أنه عَسِرُ الاستنقاء. وقيل: هو العدس. «المصباح المنير»، مادة: علس.

(٦) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٤٧).

(٧) في (هـ): (فيما).

إلى ذكر الحديث والعتيق؛ لأنه لا يختلف الغرض به. ويقبل ما رق بسبب الحَر[1]، ولا يقبل ما رق رقة عيب. والله أعلم. وهذا باب لا ينحصر، فاغتن[2] بالمذكور عن المتروك. والله أعلم.

قال:

(فإن شَرطَ الجودة: جاز، ونَزلَ على أقلِّ الدَّرجات، وإن شرطَ الأجود: لم يجز (و)؛ إذ لا يُعرفُ أقصاه، وإن شَرطَ الرداءة؛ فكذلك لا يجوز (و)، فإن[3] شرَطَ الأردأ: جازَ على الأصحّ؛ لأن طلبَ الأردإ[4] عنادٌ محض؛ فلا يَثورُ به نزاع. والوصفُ الذي به التَّعريفُ ينبغي أن يكونَ بلغةٍ يعرفُها غيرُ المتعاقدَين).

مضمون الفصل مسألتان:

إحداهما: ذهب العراقيون من مشايخنا إلى اشتراط التعرض للجودة أو الرداءة في كل ما يسلم فيه. وعللوه بأن القيمة والأغراضَ تختلف بهما. وظاهر النص[5] يوافق ما ذكروه. وقال غيرهم: لا حاجة إليه[6]. ويحمل المُطْلق على الجيد[7]، وهو الأظهر.

---

(١) في (ط الفكر) و(ظ): (الجز).

(٢) في (ظ) و(هـ): (فاعتبر).

(٣) في (ز): (وإن).

(٤) في (هـ): (الأردأ من الأردإ).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٢٨): «قلت: قوله «ظاهر النص» ممّا ينكر عليه، فقد نص عليه في مواضع من «الأم» نصّاً صريحاً. وهو مبين في «شرح المهذب». والله أعلم».

(٦) في (ط الفكر) و(ز): (إلى غيره).

(٧) في (ظ): (المقيد).

وإيراد الكتاب يوافقه، وسواء قلنا بالاشتراط أو لم نقل، فإذا شَرَطَ الجودة: نزل على أقل الدرجات، كما إذا شَرَطَ صفة أخرى. ولو شَرَطَ الأجود: لم يجز؛ لأن أقصاه غير معلوم، فكأنه شَرَطَ شيئاً مجهولاً. وأيضاً فإنه ما من جيد[١] يأتي به إلا والمسلم يطالبه[٢] بما هو أجود منه؛ تمسكاً باللفظ؛ فيدوم النزاع بينهما.

وإن شَرَطَ الرداءة؛ فقد أطلق في الكتاب أنه لا يجوز. وفصّل كثيرون؛ فقالوا: شرط رداءة النوعِ يجوز؛ لانضباطه، وشرط رداءة العيب والصفة لا يجوز؛ لأنها لا تنضبط. وما من رديءٍ إلا وهناك ما هو خير منه، وإن كان رديئاً فيفضي إلى النزاع.

واعلم أن نوع المسلَم فيه لا بد من التعرض له على ما سبق. فإن لم ينص[٣] على النوع، وتعرضَ للرديء تعريفاً للنوع؛ فذلك محتمل لا محالة. وإن نص على النوع؛ فَذِكْرُ الرداءةِ حشو، وأما رداءة الصفة؛ فالذي حكيناه عن العراقيين يقتضي تجويز اشتراطه، لأنهم ذكروها في مقابلة الجودة، ولا شك أنهم لم يريدوا بها جودة النوع. ولهم أن يعترضوا فيقولوا: هب أن رداءة الصفة لا تنضبط، لكن الجودة أيضاً كذلك. وقد نزَّلناها على أقل الدرجات، فلم[٤] لا تفعل في الرداءة مثله؟

وإن شَرَطَ الأردأ؛ ففيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما ـ وهو المنصوص في «المختصر» ـ: أنه لا يجوز؛ لأنه لا يوقف على أقصاه، كما في الأجود. وأصحهما: الجواز؛ لأنه إذا أتى برديءٍ لم يطالبه المسلم بما هو أردأ منه، وإن طالبه به كان معانداً؛ فيمنَع منه ويجبر على قبوله.

---

(١) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (شيء).

(٢) في (ظ): (يطلبه).

(٣) في (هـ): (لم يتضمن).

(٤) في (ظ): (فهل).

ولك أن تُعْلِم قوله في الكتاب: (وإن شرط الأجود لم يجز)، بالواو؛ لأن في «تعليق الشيخ أبي حامد» أن من أصحابنا من خرّج قولاً: أنه جائز، وكذلك قوله: (فكذلك لا يجوز)؛ لما قدمناه.

الثانية: صفات المسلم فيه المذكورة في العقد تنقسم إلى: مشهورة عند الناس، وإلى غير مشهورة؛ وذلك قد يكون لدقة معرفتها، كما في الأدوية والعقاقير، وقد يكون لغرابة الألفاظ المستعملة فيها؛ فلا بد من معرفة المتعاقدين بها. فلو جهلاها أو أحدُهما: لم يصح العقد.

وهل يكفي معرفتُهما؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، وهو المنصوص، بل لا بد من أن يعرفها غيرُهما؛ ليرجع إليه عند تنازعهما.

والثاني: أنه يكفي معرفتهما. والنص محمول على الاحتياط. فإن قلنا بالأول[1]؛ فهذا شرطٌ آخر للسلم. وهل تعتبر فيها الاستفاضة أم يكفي معرفة عدلين سواهما؟ فيه وجهان. أظهرهما: الثاني. ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيال المذكور إلّا عدلان.

واعلم أن جميع ما ذكرناه الآن من معرفة المتعاقدين وغيرهما، يخالف ما قدمناهُ في مسألة فِصْح النصارى من بعض[2] الوجوه، ولعل الفرق: أن الجهالة هناك راجعة إلى الأجل، وهاهنا راجعةٌ إلى المعقود عليه؛ فجاز أن يحتمل من تلك[3] الجهالة ما لا يحتمل من هذه. والله تعالى أعلم.

---

(١) قوله: (فإن قلنا بالأول) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٢) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (نقض).

(٣) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (نيل).

قال(١) رحمه الله:

(الباب الثاني: في أداءِ الـمُسلَمِ فيه والقَرض.

أما الـمُسلَمُ فيه؛ فالنَّظرُ في صفتِه وزمانِه ومكانِه. أما صفتُه: فإن أتى بغير جنسه: لم يُقبَل؛ لأنه اعتياض. وذلك جائزٌ في الـمُسلَمِ فيه. وإن كانَ من جنسِه ولكنه أجود: وجبَ قَبولُه. وإن كانَ أردأ منه: جازَ قبولُه ولم يَجِب. وإن أتى بنوعٍ آخر؛ بأن أسلمَ في الزَّبيبِ الأبيض، فجاءَ بالأسود؛ ففي جوازِ القَبولِ وجهان؛ إذ يكادُ أن يكونَ اعتياضاً).

قوله: (والقرض)، معطوف على الأداء لا على المسلم فيه؛ لأنه لم يقصر الكلام في القرض على أدائه، بل تكلم في فصول، منها: الأداء.

إذا عرفتَ ذلك فاعلم أن الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض غيرُ جائز؛ لما مر في النظر الثالث من كتاب البيع؛ فلا يجوز أن يستبدل عنه بغير(٢) جنسه، وإن لم يختلف الجنس؛ فإما أن لا يختلف النوع أيضاً أو يختلف.

الحالة الأولى: أن لا يختلف؛ فيُنظَر: إنْ أتى بالمسلَم فيه على الصفة المشروطة؛ وجب قبوله. وإن أتى به على صفة أجود مما(٣) شرط؛ جاز قبوله. وفي الوجوب وجهان:

أحدهما: لا يجب؛ لما فيه من المنة.

---

(١) في (هـ): (قال: قدس الله روحه)، وفي (ز): (رحمه الله).

(٢) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (غير).

(٣) في (هـ): (ما).

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يجب؛ لأن إتيانه به يشعر بأنه لا يجد سبيلاً إلى إبراء ذمته بغيره، وذلك يهون أمر المنة. وإن أتى به أَرْدَأَ مما شرط؛ جاز القبولُ، ولم يجب.

الحالة الثانية: أن يختلف، كما لو أسلم في التمر المعقلي، فجاء بالبرني، أو في الزبيب الأبيض فجاء بالأسود، أو في الثوب الهروي فجاء بالمروي؛ فلا يجب على المسلم قبوله؛ لاختلاف الأغراض باختلاف الأنواع. ومنهم من حكى وجهاً آخر: أنه يجب؛ تمسكاً بقول الشافعي رضي الله عنه: وأصل ما يلزم السلف قبول ما أسلف[1] فيه أن يأتيه به من جنسه.

فإن قلنا بالأول، فهل يجوز قبوله؟ فيه وجهان:

أظهرهما ـ وبه قال الشيخ أبو حامد ـ: لا؛ لأنه يشبه الاعتياضَ، كما لو اختلف الجنس.

والثاني: نعم، كما لو اختلفت الصفة.

وذكروا خلافاً في أن التفاوت بين التركي والهندي من العبيد تفاوت جنس أو تفاوت نوع؟ والصحيح: الثاني. وفي أن التفاوت بين الرطب والتمر، وبين ما[2] يسقى بماء السماء وما يسقى بغيره تفاوت نوع أو صفة؟ والأشبه: الأول.

فرع: ما أسلم فيه كيلاً لا يجوز قبضُه وزناً وبالعكس. وعند الكيل لا يزلزل المكيال، ولا يوضع الكف على جوانبه.

---

(١) في (ظ) و(ز): (سَلَفَ).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (والتمر ما).

فرع آخر: إذا أسلم في الحنطة وجب تسليمها نقية من الـزُّوان[١] والـمَدَر[٢] والتراب. فإن كان فيها شيءٌ قليلٌ من ذلك وقد أسلم كيلاً: جاز. وإن أسلم وزناً: لم يجز[٣]. ويجب تسليم التمر جافّاً، والرطب صحيحاً غير مُنْشَدَخٍ[٤]. والله أعلم.

قال:

(أما الزَّمان، فلا يطالبُ به قبلَ المحلّ، ولكن إن جاءَ به قبلَه، وله في التَّعجيلِ غرض؛ بأن كانَ بالدَّينِ رهنٌ أو ضامن، أو كانَ يظهرُ (و) خوفَ الانقطاع: وجبَ القَبولُ، كما يَجبُ قبولُ النُّجومِ من المكاتَبِ قبلَ المحلّ. وإن لم يكن له غرضٌ سوى البراءة؛ نُظِر: فإن كانَ للمُمتنعِ غرض؛ بأن كانَ في زمانِ نهبٍ أو غارةٍ أو كانت دابةٌ يَحذرُ من علفِها؛ فلا يُجبَر. وإن لم يكُن من الجانبَينِ غَرض؛ فقولانِ في الإجبار).

السلم إما مؤجل أو حال، فإن كان مؤجلاً؛ فلا يخفى أنه لا مطالبة بالمسلم فيه قبل المحل، وإلا لبطل فائدة التأجيل. ولو أتى المسلم إليه به قبل المحل وامتنع المسلم من قبوله؛ فترتيب صاحب الكتاب يخالف ترتيب الجمهور، فنذكر ما ذكروه ثم نعود إلى

---

(١) الزُّوان: حَبٌّ يخالط البُرَّ فيكسبه الرداءة، وأهل الشام يسمونه الشَّيْلَم. «المصباح المنير»، مادة: زون.

(٢) جمع مدَرَةٍ مثل قَصَب وقَصَبَةٍ، وهو التراب المتلبّد. وقال الأزهري: قِطَعُ الطين، وقال بعضهم: الطين العَلِك الذي لا يخالطه رملٌ. «المصباح المنير»، مادة: مدر.

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٣٠): «قلت: هكذا أطلق جمهور الأصحاب، وقال صاحب «الحاوي» فيما إذا أسلم كيلاً: إلا أن يكون لإخراج التراب مؤونة، فلا يلزمه قبولها. قال في «البيان»: دقائق التبن كالتراب. والله أعلم».

(٤) شَدَخْتُ القضِيبَ: كسرتُه فانْشَدَخَ. «المصباح المنير»، مادة: شدخ.

ما أورده: قال الجمهور: إنْ كان له [غرض] في الامتناع، كما إذا كان وقت نهب، أو كان المسلم فيه حيواناً يحذر[1] من علفه أو ثمرةً أو لحمًا يريد أكله عند المحل طريّاً، أو كان مما يحتاج إلى مكان له[2] مؤونة، كالحنطة والقطن الكثيرين؛ فلا يجبر على القبول؛ لتضرره.

وإن لم يكن غرض في الامتناع؛ فإن كان للمؤدِي غرض في التعجيل[3] سوى براءة الذمة، كما لو كان به رهن يريد فِكَاكَه أو ضامِن[4] يريد براءته؛ يجبر على القبول، كالمكاتب يعجل النجوم ليعتق؛ يجبر السيد على قبولها. وهل يلتحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الجنس قبل الحلول؟ فيه وجهان. المذكور منهما في الكتاب: أنه يلحق؛ لما في التأخير من خطر انفساخ العقد أو ثبوت حق الفسخ. وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى البراءة؛ فقولان[5]:

أحدهما: أنه لا يجبر المستحق على القبول؛ لأن التعجيل كالتبرع بمزيد؛ فلا يكلف تقلد المنة.

وأصحهما ـ وهو المنصوص في «المختصر» ـ: أنه يجبر؛ لأن براءة الذمة غرض ظاهر، وليس للمستحق غرض في الامتناع، فيمنع من التعنت[6].

وإن تقابل غرض الممتنع والمؤدي؛ فقد حكى الإمام فيه طريقين:

أحدهما: أنهما يتساقطان، ويجري القولان[7].

---

(١) في «الروضة» (٤/ ٣٠): (يحتاج).

(٢) سقط من (ط الفكر) و(ز) و(هـ).

(٣) قوله: (في التعجيل) سقط من (ظ).

(٤) أي: كفيل.

(٥) في (ظ) و(هـ): (ففيه قولان).

(٦) تعنَّتَه، أي: أدخل عليه الأذى. «المصباح المنير»، مادة: عنت.

(٧) قوله: (ويجري القولان) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

وأصحهما: أن المرعي جانب المستحق. وحكي أيضاً عن بعضهم طرد القولين فيما إذا كان للمعجل غرض في التعجيل، ولم يكن للممتنع غرض في الامتناع، وهو غريب[١]. وأما صاحب الكتاب فإنه راعى جانب المؤدي أولًا، فقال: إن كان له غرض في التعجيل؛ يجبر الممتنع على القبول، وإلا فإن كان له غرض في الامتناع؛ فلا يجبر، وإلا؛ فقولان. ولا يخفى مخالفته لطريقة الجمهور. فإن ذكره عن ثبت[٢]؛ فهو منفرد بها نقل، وإلا؛ فقد التبس الأمر عليه. والله أعلم.

وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا، حكم المسلم فيه.

وأما السلم الحال، فالمطالبة فيه متوجهة في الحال. ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه وأبى المسلم قبوله؛ نُظِر: إن كان للمعجل غرضٌ سوى البراءة؛ أجبر على القبول، وإلا؛ فطريقان:

أحدهما: أنه على القولين. وجه عدم الإجبار: أنه يقول: الحق لي؛ فلي أن أؤخره إلى أن أشاء.

وأصحهما: أنه يجبر على القبول أو الإبراء. وحيث ثبت الإجبار، فلو أصر على الامتناع؛ أخذه الحاكم له. روي: أن أنساً رضي الله عنه كاتب عبداً له على مال، فجاء العبد بالمال، فلم يقبله أنس، فأتى العبد عمر رضي الله عنه، فأخذه منه ووضعه[٣] في بيت المال[٤]. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨-٣٩).

(٢) في (ظ): (تثبيت)، في (ز): (تثبت).

(٣) في (ز): (فأخذ المال ووضعه).

(٤) أخرجه البيهقي (١٠/ ٣٣٤)، في المكاتب، باب تعجيل الكتابة، عن سيرين قال: «كاتبني أنس بن مالك =

قال:

(أما المكان، فمكانُ العقد؛ فلو ظفرَ به في غيره[١] وكانَ في النَّقلِ مؤونة؛ لم يُطالَب به، ولكن يطالبُ (و) بالقيمةِ للحيلولة، ثم لا يكونُ عوضاً؛ إذ يبقى استحقاقُ الدَّين. وإن لم تكُن مؤونة؛ طالبَ به. وفي مطالبةِ الغاصبِ بالمثلِ في موضعٍ آخرَ مع لزومِ المؤونةِ خلاف؛ تغليظاً عليه).

إذا عين في السلم مكان التسليم أو لم يعين، وقلنا[٢]: يتعين مكان العقد؛ وجب التسليم فيه. فلو ظفر المسلم به في غير ذلك المكان؛ نُظر: إن كان لنقله مؤونة: لم يطالب به، وهل يطالب بالقيمة للحيلولة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غيرُ جائزٍ.

والثاني: نعم؛ لوقوع الحيلولة بينه وبين حقه. وهذا ما أورده صاحب الكتاب في هذا الموضع، لكنه أعاد المسألة في باب الغصب، وذكر فيها الخلاف. والأصح في المذهب: هو الوجه الأول، ولم يورد العراقيون وصاحب «التهذيب»[٣] سواه[٤].

وإذا فرّعنا عليه: فللمسلم الفسخ واسترداد رأس المال، كما لو انقطع المسلم

= على عشرين ألف درهم، فكنت فيمن فتح تستر، فاشتريت رثة فربحت فيها. فأتيت أنس بن مالك بكتابته، فأبى أن يقبلها مني إلا نجوماً، فأتيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فذكرت ذلك له. فقال: أراد أنس الميراث، وكتب إلى أنس أن اقبلها من الرجل، فقبلها». وذكره الشافعي في «الأم» (٣/ ١٣٧)، بلا إسناد، ويتفق بعض معانيه مع حديث البيهقي.

(١) في (ز): (غير موضعه).

(٢) في (هـ): (فإن قلنا).

(٣) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٧٢-٥٧٣).

(٤) معناه: أنهم قطعوا به.

فيه. وإن لم يكن لنقله مؤونة، كالدراهم والدنانير؛ فله مطالبته به. وأشار الإمام[١] إلى خلاف فيه.

ولو ظفر المالك بالغاصب في غير مكان الغصب أو الإتلاف، فهل يطالبه بالمثل؟ حكى فيه خلافاً هاهنا، وذكر في الغصب: أنه لا يطالب إلا بالقيمة، وهو الأظهر، ولنشرح المسألة ثَمَّ، إن شاء الله تعالى.

وقوله في أول الفصل: (أما مكانه)، فمكان العقد عند الإطلاق محمول على ما إذا عَيَّنَا مكانَ العقد أو أطلقا ولم يشترط تعيين المكان.

وقوله: (ثم لا يكون عوضاً؛ إذ يبقى استحقاق الدين)، أراد به أن القيمة المأخوذة لا تكون عوضاً عن المسلم فيه، بل يبقى استحقاق المسلم فيه بحاله حتى إذا عاد إلى مكان التسليم يطالبه به ويرد القيمة، ولمن نصر ظاهر المذهب أن يقول: لو صح هذا الكلام لوجب أن يحكم بمثله في انقطاع المسلم فيه.

ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم وأبى المستحق قبوله؛ فإن كان لنقله مؤونة أو كان الموضع مخوفاً؛ لم يجبر، وإلا؛ فوجهان بناءً على القولين في التعجيل قبل المحل[٢]، فإن رضي وأخذه؛ لم يكن له أن يكلفه مؤونة النقل[٣]. والله أعلم.

* * *

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٣٨).

(٢) قوله: (قبل المحل) سقط من (هـ).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٣١): «أصحهما: إجباره. ولو اتفق كون رأس المال على صفقة المسلم فيه فأحضره فوجهان مشهوران، أصحهما: يجب قبوله. والثاني: لا يجوز. والله أعلم».

قال رحمه الله:

(أما القَرض[١]: فأداؤُه كأداءِ[٢] المُسلَمِ فيه، ولكن يجوزُ الاعتياضُ عنه. ويجبُ المثلُ في المِثليّات، وفي ذواتِ القِيمِ وجهان، أشبهُهما بالحديث: أن الواجبَ المثل. استقرضَ رسولَ الله ﷺ بكراً وردَّ بازلاً. والقياسُ القيمة).

الإقراض مندوبٌ إليه؛ لِمَا فيه من الإعانة على البر وكشفِ كربة المسلم. وفي الفصل مسائل:

إحداها: أداء القرض في الصفة والزمان والمكان، كما[٣] ذكرنا في المسلم فيه. نعم، لو ظفر بالمستقرَض في غير مكان الإقراض وكان المالُ مما لِنقله مؤونة؛ فلا خلاف في جواز مطالبته بالقيمة.

ثم إذا أخذها في مكان الإقراض، فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل؟ وهل للمستقرض مطالبته برد القيمة؟ فيه وجهان[٤].

والقيمة التي يطالبه بها هي قيمة بلد الإقراض يوم المطالبة، وكذا في السلم يطالب بقيمة بلد العقد، عند مَنْ جوّز المطالبة بالقيمة[٥].

---

(١) قلت: بعد أن عَنْوَنَ بكتاب السلم والقرض وبعد أن أتم أحكام السلم بدأ بأحكام القرض.

(٢) في (ط الفكر) و(ظ) و(هـ): (ك).

(٣) في (ظ): (لما).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٣٦): «قلت: أصحهما: لا. والله أعلم».

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٣٦): «قلت: المعتبر في السلم قيمة الموضع الذي يستحق فيه التسليم. والله أعلم».

الثانية: يجوز الاعتياض عن المقرض. وقد ذكر هذه المسألة مرة[١].

الثالثة: ستعرف في الغصب أن المال ينقسم إلى مثلي، وإلى متقوم. فإذا استقرض مثليّاً؛ رد مثله. وإذا استقرض متقوماً؛ فوجهان:

أقيسهما ـ واختاره الشيخ أبو حامد ـ: أنه يرد القيمة كما لو أتلف متقوماً على إنسان؛ تلزمه القيمة[٢].

وأظهرهما: أنه يرد المثل من حيث الصورة، واختاره الأكثرون؛ لما روي: أن النبي ﷺ استقرض بكراً وَرَدَّ بازلاً[٣]. والبكر: الفتي من الإبل، والبازل: الذي له ثماني سنين تماماً[٤]، وروي: أنه ﷺ استسلف بكراً فأمر برد مثله[٥].

فإن قلنا بالأول؛ فالاعتبار بقيمة[٦] يوم القبض، إن قلنا: يملك القرض في القبض.

---

(١) من قوله: (الثانية) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٥٣).

(٣) أخرج مسلم (٣/ ١٢٢٤) برقم (١٦٠٠)، في المساقاة، باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، عن أبي رافع قال: إن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً، فقدِمَتْ عليه إبلٌ من إبل الصدقة، فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكْرَهُ. فرجع إليه أبو رافع فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رَبَاعيّاً. فقال: «أعطِه إياه. إن خيار الناس أحسنهم قضاءً». الرَّباعِي من الإبل: ما له ست سنين، والبازل: ما له ثمان سنين ودخل في التاسعة. وأخرج أيضاً بعده برقم (١٢١) (١٦٠١)، عن أبي هريرة قال: استقرض رسول الله ﷺ سِنّاً، فأعطى سِنّاً فوقه، وقال: «خياركم محاسنكم قضاءً».

(٤) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٥) وهذا المعنى يؤخذ من حديث أبي رافع الذي سقته، حيث أمر برد مثله أول مرة، فإذا تعذر، أمر برد أفضل من مثله.

(٦) في (هـ): (بالأول فلا اعتبار بقيمته).

وإن قلنا: يملك بالتصرف؛ فبالأكثر[١] من يوم القبض إلى يوم التصرف.

وفيه وجه: أن الاعتبار بيوم القبض.

وإذا اختلفا في قدر القيمة أو في صفة المثل؛ فالقول قول المستقرض[٢]. والله أعلم.

* * *

---

(١) في (هـ): (فالأكثر).

(٢) قلت: وفي «الروضة» (٤/ ٣٧) زيادات مفيدة، قال: «قلت: قال في «المهذب»: لو قال: أقرضتك ألفاً، وقَبِلَ وتفرقا، ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل: جاز، وإلا: فلا، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل. وإذا جوّزنا إقراض الخبز، فهل يرد المثل أو القيمة؟ فيه وجهان. فإن قلنا: القيمة، فشرط الخبز، فوجهان: أحدهما: يصح الشرط، لأن مبناه على المساهلة والرفق. قال الشاشي: قال القاضي أبو حامد: إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية: جاز قبولها بلا كراهة. هذا مذهبنا ومذهب ابن عباس. وكرهها ابن مسعود. قال المحاملي وغيره من أصحابنا: يستحب للمستقرض أن يرد أجود مما أخذ، للحديث الصحيح في ذلك. ولا يكره للمقرض أخذ ذلك. ولو أقرضه نقداً فأبطل السلطان المعاملة به، فليس له إلا النقد الذي أقرضه. نص عليه الشافعي رضي الله عنه. ونقله عنه أيضاً ابن المنذر. وقد سبق نظيره في البيع. وفي «فتاوى القاضي حسين»: أنه لو قال: أقرضني عشرة. فقال: خذها من فلان، فأخذها منه، لا يكون قرضاً، بل هذا توكيل بقبض الدين. فبعد القبض لا بد من قرض جديد. ولو كانت العشرة في يد فلان معينة وديعة أو غيرها: صح. والله أعلم».

قال:

(ثم النَّظرُ في ركنِ القرضِ وشرطِه وحكمِه: أما ركنُه[١]: فمن جهةِ اللفظ: صيغةٌ دالةٌ عليه، كقولِه: أقرضتُك. وفي اشتراطِ القَبولِ وجهان، وجهُ المنع: أن هذه إباحةُ إتلافٍ بمالٍ[٢] بعِوَض، وهي مكرمة؛ ولذلك يجوزُ الرُّجوعُ (م) عنه في الحال. ولا يجوزُ (م) شرطُ الأجلِ فيه. وأما المقرَض؛ فكلُّ ما جازَ السَّلَمُ فيه جازَ قرضُه، إلا الجواري؛ ففيها قولانِ منصوصان، والقياس: الجواز. وما لا يجوزُ السَّلَمُ فيه، إن قلنا: إنه يُرَدُّ في المتقوِّماتِ القيمة؛ فيصحُّ أيضاً إقراضُه[٣]).

عد حجة الإسلام رحمه الله[٤]، أركان القرض ثلاثة، كما فعل في البيع؛ وهي الصيغَة والمقرِض والمقرَض، لكن أهمل هاهنا ذكر المقترض؛ لوضوح حاله، والعلم بأنه لا يصح الإقراض إلا من جائز التصرف، ويعتبر فيه أهلية التبرع؛ لأن القرض تبرع أو فيه شائبة التبرع. ألا ترى أنه لا يقرض الوليُّ مالَ الطفل إلا لضرورة؟ ولذلك لا يجوز شرط الأجل، لأن المتبرع ينبغي أن يكون بالخيار في تبرعه، وإنما يلزم الأجل في المعاوضات.

وأما الصيغة: فالإيجاب لا بد منه؛ وهو أن يقول: «أقرضتك»، أو: «أسلفتك»،

---

(١) في (ز): (لفظه).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) قدَّمه على: (أيضاً) في (ز).

(٤) في (ظ): (عدّ صاحب الكتاب رحمه الله).

أو: «خذ هذا بمثله»، أو: «خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله»، أو: «ملكتك على أن ترد بدله». ولو اقتصر على قوله: «ملّكتك»؛ كان هبةً. فإن اختلفا في ذكر البدل؛ فالقول[1] قول المخاطَب[2].

وأما القبول: ففي اشتراطه وجهان:

أصحهما ـ ولم يورد المعظم سواه ـ: أنه يشترط، كما في البيع والهبة وسائر التمليكات.

والثاني: لا يشترط؛ لأن القرض إباحة إتلاف على شرط الضمان، فلا يستدعي القبول. وادعى الإمام أن هذا أظهر[3].

وقَرُبَ هذا الخلاف من الخلاف في أن القرض بم يملك بالقبض أو بالتصرف؟

وقوله في الكتاب: (وهي مكرمة)، أراد به أن سبيله سبيل الميراث والتبرعات، لا سبيل المعاوضات والمعاملات، أو فيه شائبة من هذه، وشائبة من هذه؛ ولهذا لم يجب التقابض فيه إذا كان المقرَض ربويّاً. واحتج في الكتاب لهذا الأصل بشيئين:

أحدهما: أن للمقرِض الرجوع عنه في الحال. وهذا سنذكره من بعد.

والثاني: أنه لا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحالّ، وقال مالك[4]: يثبت

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٣٢): «قلت: وحكي وجه: أن القول قول الدافع، وهو متجه. وفي «التتمة» وجه: أن الاقتصار على «ملّكته» قرض. والله أعلم».

(٢) أي: الآخذ.

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٥٥). وقال في «الروضة» (٤/ ٣٢): «قلت: وقطع صاحب «التتمة» بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول، بل إذا قال لرجل: أقرضني كذا، أو أرسلَ إليه رسولاً، فبعث إليه المال، صح القرض، وكذا لو قال رب المال: أقرضتك هذه الدراهم، وسلمَها إليه ثبت القرض. والله أعلم».

(٤) «جواهر الإكليل» (٢/ ١٣٥).

الأجل في القرض ابتداءً وانتهاءً؛ أما ابتداءً: فبأن[١] يقرضه مؤجلًا، وأما انتهاءً: فبأن يقرضه حالّاً ثم يؤجله.

وأما المقرَض؛ فالأموال ضربان:

أحدهما: ما[٢] يجوز السلم فيه؛ فيجوز إقراضه حيواناً كان أو غيره. نعم، في إقراض الجواري قولان:

أحدهما ـ ويحكى عن المزني ـ: أنه جائز. وهو القياس عند الإمام وصاحب الكتاب؛ إلحاقاً للجواري بالعبيد[٣].

وأظهرهما: المنع؛ لنهي السلف عن إقراض الولائد[٤]. قال الأصحاب: وهما مبنيان على الخلاف في أن القرض بِمَ[٥] يملك؟ وفي كيفية البناء طريقان: قال قائلون: إن قلنا: يملك بالقبض؛ جاز إقراضها، وإلا؛ فلا؛ لما في إثبات اليد من غير المالك من خوف الوقوع في الوطء. وعن الشيخ أبي علي: أما إن قلنا: يملك بالقبض: لم يجز إقراضها؛ لأنه إذا ملكها فربما يطؤها ثم يستردها المقرض[٦]؛ فيكون ذلك في صورة إعارة الجواري للوطء، وإن قلنا: لا يملك بالقبض؛ فيجوز؛ لأنه إذا لم يملكها لم يطأها، وفيما حكى عن نصه في الجديد رمز إلى هذه الطريقة.

وقوله في الكتاب: (قولان منصوصان)، اقتدى فيه بالإمام[٧]، وكلام غيرهما لا

---

(١) في (هـ): (فإن).

(٢) سقط من (هـ).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٤٩).

(٤) أي: أمهات الأولاد.

(٥) في (ط الفكر) و(ز) و(ظ): (بما).

(٦) سقط من (ظ).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٤٩).

يتعرض لكونهما منصوصين، بل العراقيون رَوَوْا عن نصه قديماً وجديداً المنع، ونقلوا الجواز عن بعض[1] الأصحاب نقل الوجوه، ويشبه أن يكون مخرجاً على الأصل[2] المذكور.

وكيفما كان فالخلاف مخصوص بالجارية التي تحل للمستقرض. فأما المحرمة بنسب أو رضاع أو مصاهرة؛ فلا خلاف في جواز إقراضها[3] منه.

الضرب الثاني: ما لا يجوز السلم فيه، كاللآلئ الكِبار وغيرها؛ فجواز إقراضه مبنيٌّ على أن الواجب في المتقومات المثل أو القيمة؟ إن قلنا بالأول؛ لم يجز؛ لتعذر ضبطه حتى يوجد مثله[4]، وإن قلنا بالثاني؛ جاز.

وفي إقراض الخبز وجهان، كما في السلم فيه:

أحدهما: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة[5]، وهو الأصح عند صاحب «التهذيب»[6].

والثاني: يجوز، وبه قال[7] أحمد[8]؛ للحاجة العامة، وإطباق الناس عليه. وهذا ما اختاره ابن الصباغ وغيره، ولا بأس.

---

(١) في (ظ): (نص).

(٢) في (هـ): (الوجه).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٣٣): «قلت: الذي جزم به من جواز إقراض المحرّم هو الذي قطع به الجماهير. وقال في «الحاوي»: إن كان ممن لا يستبيحها المستقرض، بأن أقرضها محرم أو امرأة، فوجهان. قال البغداديون: يجوز. وقال البصريون: لا يجوز، ويصِرْن جنساً لا يجوز جنسه. والله أعلم».

(٤) من قوله: (إن قلنا) إلى هنا كرر في (ظ).

(٥) ذكر الكاساني أن السلم في الخبز عدداً لا يجوز بالإجماع، وأما بالوزن، فلا يجوز أيضاً في رواية الكرخي، وفي «نوادر ابن رستم»: لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد، ويجوز عند أبي يوسف، رحمهم الله. انظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢١١).

(٦) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٤٦).

(٧) من قوله: (أبو حنيفة) إلى هنا سقط من (ظ).

(٨) «المغني» (٤/ ٣٥٣)، وعن أحمد رواية في عدم جوازه.

لو رتب فقيل: إن جوزنا السلم فيه: جاز قرضه[1]، وإلا؛ فوجهان؛ للحاجة، وقد أشار صاحب «البيان»[2] إلى هذا الترتيب. ثم ذكر: إن جوزنا قرضه وجب رد مثله وزناً إن قلنا: يجب في المتقومات المثل من حيث الصورة، وإن قلنا: يجب فيها القيمة؛ فالواجب القيمة. فإن شرطنا[3] رد المثل؛ ففي جوازه وجهان[4].

ويجب أن يكون المقرَض معلوم القدر؛ ليتأتى قضاؤه، ويجوز إقراض المكيل وزناً والموزون كيلاً، كما في السلم. وعن القفال: أنه لا يجوز إقراض المكيل بالوزن بخلاف السلم؛ فإنه لا يسوَّى بين رأس المال والمسلم فيه. وزاد فقال: لو أتلف[5] مئةَ مَنٍّ[6] من الحنطة؛ ضمنها بالكيل.

ولو باع شِقْصاً مَشْفوعاً بمثله بمئة مَنٍّ مِن الحنطة؛ يُنظَر: كما هي بالكيل؛ فيأخذه الشفيع بمثلها كيلاً. والأصح في الكل: الجواز. هذا تمام الكلام في أركان القرض. والله أعلم.

---

(١) في (ظ): (إقراضه).

(٢) «البيان» للعمراني (٥/ ٤٦٧).

(٣) في (هـ): (شرط).

(٤) قال في «الروضة» (٤/ ٣٣) «قلت: قطع صاحب «التتمة» و«المستظهري» بجواز قرضه وزناً. واحتج صاحب «الشامل» و«التتمة» بإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار. وهو مذهب أحمد رضي الله عنه، وأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما. وذكر صاحب «التتمة» وجهين في إقراض الخمير الحامض، أحدهما: الجواز، لاطراد العادة. وفي «فتاوى القاضي حسين»: لا يجوز إقراض الروبة، لأنها تختلف بالحموضة. قال: ولا يجوز إقراض المنافع، لأنه لا يجوز السلم فيها. ولا إقراض ماء القناة، لأنه مجهول. والله أعلم».

(٥) في (ظ): (تلف).

(٦) المَنَا: الذي يكال به السمنُ وغيرُه، وقيل: الذي يوزن به رطلان، والتثنية: مَنَوَان، والجمع: أَمْنَاءٌ، مثل سبب وأسباب، وفي لغة تميم: مَنٌّ بالتشديد، والجمع: أَمْنَانٌ، والتثنية: مَنَّانِ على لفظه. «المصباح المنير»، مادة: منن.

قال:

(أما شرطُه: فهو أن لا يجرّ القرضُ منفعةً. فلو شرطَ زيادةَ قدرٍ أو صفةٍ: فسَدَ (و)، ولم يُفِدِ القرضُ جوازَ[١] التَّصرُّف. ولو شرطَ ردَّ المكسِّرَ عن الصَّحيح، أو تأخيرَ القضاء (و): لغا شرطُه وصحَّ القَرض (و)؛ على الأصحّ؛ لأنه عليه لا له. ولو شرطَ رهناً أو كفيلاً به: جاز، فإنه إحكامُ عينه، ولو شرطَ رهناً بدينٍ آخر: فسَد، ولو قال: أقرضتُك[٢] بشرطِ أن أُقْرِضَك غيرَه: صح ولم يلزمه الوعد، بخلافِ البيع؛ فإنه يَفسدُ بمثله؛ إذ يصيرُ ذلك القَدرُ[٣] جزأً من العِوَضِ المقصود).

عن رسول الله ﷺ: أنه نهى عن قرضٍ جَرَّ منفعةً. وروي: أنه قال: «كل قرض جر منفعة فهو رباً»[٤]، فلا يجوز أن يقرضه بشرط أن يرد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الرديء. ولو شرط زيادة في القدر، فكذلك إن كان المال ربويّاً، وإلا؛ فوجهان:

---

(١) في (ط الفكر) و(هـ): (ولم يفسد جواز).

(٢) في (ز): (أقرضت).

(٣) في (ط الفكر) و(ز): (القرض).

(٤) أخرجه الحارث بن أسامة في «مسنده» بهذا اللفظ، عن علي رضي الله عنه مرفوعاً، وضعفوه من أجل سوار، راوي الحديث، كما في «التلخيص الحبير». وأخرج البيهقي (٥/ ٣٤٩-٣٥٠)، في البيوع، باب كل قرض جرّ منفعة فهو ربا، موقوفاً على ابن مسعود، وابن عباس، وأبي بن كعب، وعبد الله بن سلام، وفَضالة بن عبيد رضي الله عنهم، بالمعنى. ولفظ فضالة: «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا». وقال في «نصب الراية» (٤/ ٦٠): «وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه»: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج، عن عطاء قال: كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة». وقال في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٤): «وروى البيهقي في «المعرفة» أيضاً حديث فضالة موقوفاً» أي: كما رواه في «السنن الكبرى».

أحدهما: يجوز[١]؛ لما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أجهّز جيشاً، فنفدت الإبل، فأمرني أن آخذ بعيراً ببعيرين إلى أجل»[٢].

وأصحهما: المنع؛ لما سبق، وهذا الحديث محمول على السلم، ألا ترى أنه قال: «إلى أجل»؟ والقرض لا يقبل الأجل.

ولو شرط رده ببلد آخر: لم يجز؛ لما فيه من دفع[٣] خطر الطريق. وإذا جرى القرض بشيء من هذه الشروط؛ كان فاسداً؛ للخبر. وكما لو باع بشرط فاسد.

وفي «البيان»[٤] نقل وجه: أنه لا يفسد؛ لأنه عقد مسامحة وإرفاق.

ولو أقرض من غير شرط ورد المستقرض ببلد آخر أو أجود أو أكثر: جاز، قال رسول الله ﷺ: «خياركم أحسنكم قضاءً»[٥] ولا فرق بين الربويات وغيرها، ولا فرق بين أن يكون الرجل مشهوراً برد الزيادة أو لا يكون[٦].

وفيه وجه: أنه لا يجوز رد الزيادة في الربويات.

ووجه: أنه لا يجوز إقراض المشهور برد الزيادة؛ تنزيلاً للمعتاد منزلة المشروط.

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٣٤): «وحكى الإمام: أنه يصح الشرط الجارُّ للمنفعة في غير الربوي، وهو شاذ غلط».

(٢) أخرجه البيهقي (٥/ ٢٨٧) وصححه، وسبق تخريجه في باب الربا (٥/ ٤٤٦)، ورُوِيَ أيضاً بطرق ضعيفة. انظر: «نصب الراية» (٤/ ٤٧).

(٣) سقط من (ظ) و(هـ).

(٤) «البيان» للعمراني (٥/ ٤٦٧-٤٦٨).

(٥) سبق تخريجه قريباً، أول كتاب القراض، من حديث مسلم ص٤٨٦.

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٣٤): «قلت: قال في «التتمة»: لو قصد إقراض المشهور بالزيادة للزيادة، ففي كراهته وجهان. والله أعلم».

ثم في الفصل صور:

إحداها: لو أقرضه بشرط أن يرد عليه أَرْدَأَ أو يرد المكسَّر عن الصحيح؛ لغا الشرط. وهل يفسد العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه على خلاف قضية العقد، كشرط الزيادة.

وأصحهما: لا؛ لأن المنهي عنه جر المقرض النفع إلى نفسه، وهاهنا لا نفع له في الشرط، وإنما النفع للمستقرض، وكأنه زاد[1] في المسامحة ووعده وعداً حسناً. وإيراد بعضهم يشعر بالخلاف في صحة الشرط.

ولو شرط تأخير القضاء وضرب له أجلاً[2]؛ نُظِر: إن لم يكن للمقرض فيه غرضٌ؛ فهو كشرط رد[3] المكسرَّ عن الصحيح. وإن كان له فيه غرض[4]؛ بأن كان زمان نَهْبٍ والمقرض مَلِيءٌ؛ فهو كالتأجيل لغير غرض، أو كشرط رد الصحيح عن المكسر؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني.

الثانية: يجوز أن يقرضه منه بشرط الرهن[5] أو[6] الكفيل. وكذا بشرط أن يشهد أو يقرَّ به عند الحاكم؛ لأن هذه التوثيقات لإحكام عين القرض، لا أنها منافع زائدة. ولو شرط رهناً بدين آخر؛ فهو كشرط زيادة الصفة، وستعود هذه الصورة مفصلة ـ إن شاء الله تعالى ـ في كتاب الرهن.

---

(١) في (هـ): (يزاد).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٣٤): «ولا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يلزم بحال».

(٣) في (هـ): (أداء).

(٤) في (ظ): (وإن له غرض).

(٥) سقط من (ظ).

(٦) في (هـ): (و).

الثالثة: لو أقرضه بشرط أن يقرضه مالاً آخر: صَحَّ، ولم يلزمه ما شرط، بل هو وعدٌ وَعَدَهُ. وكذا لو وهب منه ثوباً بشرط أن يهب منه غيره. ويخالف ما إذا باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر حيث يفسد البيع؛ لأنهما جعلا رفق القرض أو الهبة أو البيع الآخر مع العشرة المذكورة مثلاً ثمناً، والشرط لغو فيسقط بسقوطه[١] بعض الثمن ويصير الباقي مجهولاً. وقد روي: أن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف[٢]، وفسروه[٣] بأن يبيع شيئاً بشرط أن يقرضه المشتري.

وفي المسألة وجه: أن الإقراض بشرط الإقراض[٤] كالبيع بشرط الإقراض.

وقوله في الكتاب: (فلو شرط زيادةَ قدرٍ أو صفة: فسد)، يجوز أن يريد به: فسد الشرط ولم يفد[٥] القرض جواز التصرف، ويجوز أن يريد به: فسد القرضُ ولم يفد[٦] جواز التصرف. وعلى التقديرين: يجوز أن يكون معلمًا بالواو. أما على التقدير الأول: فلأنه أطلق الكلام إطلاقاً. وقد حكينا وجهاً في جواز شرط زيادة القدر[٧] في غير الربويات، على أن الإمام حكاه في مطلق الشرط إيجازاً للمنفعة في غير الربويات[٨]،

---

(١) في (ظ): (بقوله).

(٢) أخرجه أبو داود مع «المختصر» (٥/ ١٤٤)، برقم (٣٣٦١)، في البيوع، باب شرط في بيع، من حديث ابن عمرو رضي الله عنهما، بلفظ: «لا يحل سلف وبيع»، وسكت عليه، وقال المنذري: «وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجَهْ، وقال الترمذي: حسن صحيح».

(٣) في (ظ) و(هـ): (وفسر).

(٤) قوله: (بشرط الإقراض) سقط من (ط الفكر) و(ظ) و(ز).

(٥) في (ظ) و(هـ): (يفسد).

(٦) في (هـ): (يفسد).

(٧) في (ظ): (القرض).

(٨) من قوله: (على أن) إلى هنا سقط من (ط الفكر) و(ز).
«نهاية المطلب» للجويني (٥/ ٤٥٣).

وأما على التقدير الثاني؛ فللوجه المنقول عن «البيان»[١].

وقوله: (أو تأخير القضاء: لغا شرطه)، شرط تأخير القضاء هو التأجيل، وقد ذكره مرة أنه لا يجوز شرط الأجل فيه، إلا أنه أعاده[٢] مع نظيره؛ ليقين[٣] أن فسادهما لا يفسد القرض. وقوله: (صح القرض)، معلَّم بالواو؛ لِـمَا نقلناه آخراً. والله أعلم.

قال:

(وأما حكمُه: فهو التَّملُّك، ولكن بالقَبضِ أو بالتَّصرُّف؟ فيه قولان، أقيسهُما: أنه بالقَبض؛ لأنه لا يتقاعدُ عن الهبة، وللعِوضِ فيه مدخل. وعلى هذا: الأصحّ: أنه لو أرادَ الرُّجوعَ في عينِه: جاز؛ لأنه أقربُ إلى حقِّه من بدلِه. وله المطالبةُ ببدلِه؛ للجَبر[٤]. وإن قلنا: يملكُ بالتَّصرُّف، فقيل: إنه كلُّ تصرُّفٍ يزيلُ الملك؛ فيخرجُ عنه الرَّهنُ والتَّـزويج. وقيل: إنه كلُّ تصرُّفٍ يتعلَّقُ بالرَّقبة؛ فيَخرجُ عنه الإجارة. وقيل: كلُّ تصرُّفٍ يستدعي نفوذُه الملك؛ فيخرجُ عنه الرَّهن، إذ رهنُ المستعارُ جائز).

لا شك أن المستقرض يتملك ما استقرضه، ولكن فيما يُمْلَك به[٥] قولان متفرعان من كلام الشافعي رضي الله عنه:

أصحهما: أنه يملك بالقبض؛ لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه،

---

(١) «البيان» للعمراني (٥/ ٤٦٧-٤٦٨).

(٢) في (هـ): (أعاد).

(٣) في (ظ) و(هـ): (ليبين).

(٤) في (ط الفكر): (للخبر).

(٥) في (هـ): (منه).

ولو لم يملكه[١] لما ملك التصرف فيه؛ ولأن الملك في الهبة يحصل بالقبض؛ ففي القرض أولى، لأن للعوض مدخلاً فيه.

والثاني: أنه يملك بالتصرف؛ لأنه ليس بتبرع محض؛ إذ يجب فيه البدل، وليس على حقائق المعاوضات؛ لِمَا[٢] سبق؛ فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله.

التفريع:

إن قلنا: يملك بالقبض، فهل للمقرض أن يرجع فيه ما دام باقياً في يد المستقرض بحاله؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ صيانةً لملكه، وله أن يؤدي حقه[٣] من موضع آخر. وهذا ما ذكره في «التهذيب»[٤].

وأظهرهما ـ عند الأكثرين ـ: أن له ذلك؛ لأنه يتمكن من تغريمه بدل حقه عند الفوات، فلأَنْ يتمكن من مطالبته بعينه كان أولى. ولا يبعد أن يرجع فيما ملَّكَه غيرَه كما يرجع الواهبُ في الهبة.

وقوله في الكتاب: (وله المطالبة ببدله للجَبْر)، ليس مسألة أخرى، بل المعنى: أن له المطالبة ببدل ملكه عند فواته؛ جبراً لحقه؛ فأولى أن يكون له المطالبة بما كان عين ملكه، وكثيراً ما يقرؤون قوله: (للجبر): للخبر، وظَنّي القريبُ من اليقين أنه خطأٌ؛ لأنه ليس في كتب المصنف ولا في كتب[٥] غيره ذكر خبر يستدل به على أن للمقرِض

(١) في (هـ): (يملك).
(٢) في (ط الفكر) و(ز) و(هـ): (كما).
(٣) سقط من (ظ).
(٤) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٤٥).
(٥) قوله: (ولا في كتب) سقط من (ظ).

المطالبةُ ببدل القرض مع بقاء عينه، وأما: (للجبر)؛ فهو مناسب للمعنى المذكور، وهو الذي أورده الإمام[١] والمصنف في «الوسيط»[٢] وغيره.

وعن مالك[٣]: أنه ليس للمقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضي المستقرض وَطَرَه منه أو يمضي زمان يسع لذلك.

ولو رد المستقرض عين ما أخذه؛ فعلى المقرض القبول لا محالة[٤].

وإن[٥] قلنا: إنه يملك بالتصرف؛ فمعناه: أنه إذا تصرف تبين لنا ثبوت الملك قبله، ثم في ذلك التصرف وجوه:

أظهرها: أنه كل تصرف يزيل الملك.

والثاني: كل تصرف يتعلق بالرقبة.

والثالث: كل تصرف يستدعي الملك.

فعلى الوجوه: يكفي البيع والهبة والإعتاق والإتلاف، ولا يكفي الرهن والتزويج والإجارة وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة على الوجه الأول[٦]. ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني، وما سوى الرهن على الثالث؛ لأنه يجوز أن يستعير للرهن شيئاً[٧] فيرهنه، كما سيأتي.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (١٠/ ٣٢٢).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٤/ ٢٩٩).

(٣) قال في «جواهر الإكليل» (٢/ ٧٦): «لم يلزم المقترض رد القراض لمقرضه إلا بعد انتفاعه به انتفاع أمثاله، فإن رده المقترض، وجب على المقرض قبوله إن لم يتغير بنقص، لأن الأجل حق للمقترض».

(٤) انتهى (ظ/ ١٤٣ – ب).

(٥) اعتباراً من هنا سقط من نسخة الظاهرية، ويستمر إلى حوالي (٣٠) صفحة قادمة.

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٣٥) «قلت: فتكون هذه العقود باطلة. والله أعلم».

(٧) في (هـ): (الرهن).

وقوله: (رهن المستعار جائز)، يعني المستعار للرهن، لا مطلق المستعار. وعن الشيخ أبي حامد[١] عبارة أخرى؛ وهي: أن التصرف الذي يملك به القرض، هو الذي يقطع رجوع الواهب والبائع عند إفلاس المشتري[٢].

وإذا فرّعنا على الوجه الأول فهل يكفي البيع بشرط الخيار؟ إن قلنا: إنه لا يزيل الملك؛ فلا. وإن قلنا: إنه يزيله؛ فوجهان؛ لأنه لا يزيل صفة اللزوم.

ومن فروع القولين: أنه إذا كان المقرَضُ حيواناً، وقلنا: إنه يملك بالقبض؛ فنفقته على المستقرض[٣]. وإن قلنا: يملك بالتصرف؛ فهي على المقرض إلى أن يتصرف المستقرض، ولو استقرض من يعتق عليه: عتق عليه إذا قبضه على القول الأول[٤]. ولم يعتق على الثاني[٥]. قال صاحب «التهذيب»[٦]: ويجوز أن[٧] يقال: يعتق عليه[٨] ويحكم بالملك قُبَيْلَهُ. والله أعلم[٩].

* * *

(١) في (ط الفكر) و(ز): (محمد)، وفي (هـ) و«الروضة»: (حامد).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٥٦). وفيه نقله عن قول الشيخ أبي محمد الجويني، وليس هو من قول حجة الإسلام الغزالي.

(٣) أي: المقترض.

(٤) أي: يملك به.

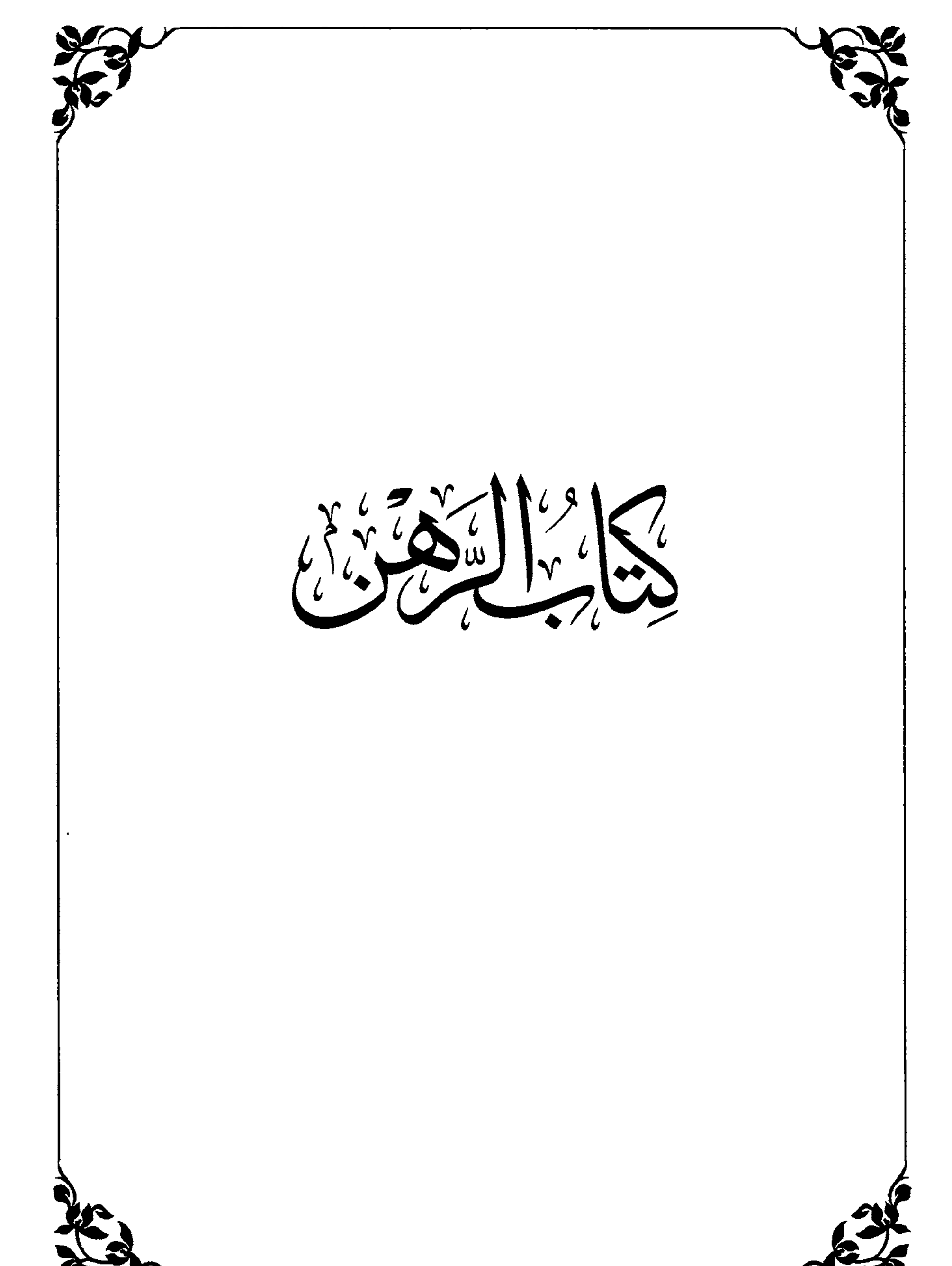
(٥) وهو القول بالتصرف.

(٦) «التهذيب» للبغوي (٣/ ٥٤٥).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٣٦): «قلت: جزم صاحب «التتمة» بهذا الاحتمال. ولكن المعروف: أن لا يعتق. والله أعلم».

(٨) سقط من (ط الفكر) و(ز).

(٩) في (هـ): (عز وجل أعلم بغيبه).



كِتَابُ الرَّهْنِ

قال رحمه الله:

(كتاب الرَّهن

وفيه أربعة أبواب:

البابُ الأول: في أركانه

وهي أربعة: الرَّاهن، والـمَرهون، والمرهونُ به[١]، وصيغةُ الرَّهن.

الركنُ الأول: المرهون. وله[٢] ثلاثةُ شرائط[٣]: الأول: أن يكونَ عيناً، فلا يجوزُ رهنُ الدَّين؛ لأن الرَّهنَ عبارةٌ عن وثيقةِ دينٍ في عَين. وإذا كانَ عيناً لم يُشترَط (ح) فيه الإفراز، بل يصحُّ رهنُ الشّائع، ويكونُ على المهايأة، كما في شركاءِ الملك).

أصل الرهن[٤] مجمع عليه. والكتاب والسنة متعرِّضان له، قال الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وَرَهَنَ رسول الله ﷺ درعه من يهودي، فتوفي وهي مرهونةٌ عنده[٥]. ووجه إدراج حجة الإسلام كلامَ الكتاب في الأبواب الأربعة: أن الرهن إما

---

(١) في (هـ): (والمرتهن)، وقدَّمه على (المرهون).

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (وفيه).

(٣) في (ز) و(هـ): (شروط).

(٤) الرهن لغة: الحبس، واصطلاحاً: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه.

(٥) أخرجه البخاري مع «الفتح» (٤/ ٣٥٤)، برقم (٢٠٦٨)، في البيوع، باب شراء النبي ﷺ بالنسيئة. ومسلم (٣/ ١٢٢٦)، برقم (١٢٥)، في المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر، عن عائشة بلفظ: «اشترى رسول الله ﷺ من يهودي طعاماً، ورهَنَه درعاً من حديد». وأخرج البخاري مع «الفتح» (٦/ ١١٦)، =

صحيحٌ أو فاسدٌ. والصحيح منه إما جائزٌ أو لازمٌ. وكيفما كان فقد يتفق المتعاقدان على كيفية العقد الجاري بينهما، وقد يتنازعان فيه. فالباب الأول: فيما يعتبر في صحته. والثاني: في الرهن الجائز وأحكامه. والثالث: في اللازم وأحكامه. والرابع: في التنازع.

وقد عد أركان الرهن أربعة: الراهن والمرهون به والصيغة والعاقد. ولو جمع بين المرهون والمرهون به، وجعل ما يتعلق به العقد ركناً، كما فعل في البيع، وكما جعل من يصدر منه العقد ركناً؛ لجاز، ولو فصَلَ الثمن عن المَبيع، كما فعل هاهنا؛ لجاز. ومثل هذا يرجع إلى مجرد رسم[1] وترتيب، والمقصود لا يختلف.

أحدها: أن يكون عَيْناً، أما الدَّيْن؛ ففي جواز رهنه وجهان:

أحدهما: الجواز؛ تنزيلاً لما في الذمم منزلة الأعيان. ألا ترى أنه يجوز شراء ما في الذمة وبيعه سَلَماً؟

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: المنع؛ لأن الدين غير مقدور على تسليمه.

ومنهم من رتب هذا الخلاف على الخلاف في بيع الدين. والرهنُ أولى بالمنع؛ لأنه لا يلزم إلا بالقبض، والقبض لا يصادف ما تناوله العقدُ ولا مستحَقّاً بالعقد. والقبض في البيع يصَادف مستحَقّاً بالعقد؛ لأن البيع سبب الاستحقاق.

ولا يشترط كون المرهون[2] مفروزاً. بل يصح المرهون[3] الشائع، سواء رهن

= برقم (٢٩١٦)، في الجهاد والسير، باب ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب، عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير».

(١) رسمتُ الكتاب: كتبتُه. «المصباح المنير»، مادة: رسم.

(٢) في (ز): (الرهن).

(٣) في (هـ) و(ز): (رهن).

من[1] شريكه أو غيره، وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها[2]. وبه قال مالك[3] وأحمد[4].

وعند أبي حنيفة[5]: لا يجوز رهنه من غير الشريك. وفي رهنه من الشريك روايتان.

لنا: إلحاق الرهن بالبيع والشائع بالمفروز[6].

ولو رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة بإذن الشريك: صح، وبغير إذنه: وجهان عن ابن سريج:

أصحهما ـ عند الإمام ـ: أنه يصح، كما يصح بيعه[7].

والثاني: لا؛ لأنه ربما[8] تتفق القسمة، ويقع هذا البيت في نصيب صاحبه؛ فيكون قد رهن ملك غيره. ويخالف البيع؛ فإنه إذا باع زال ملكه عن البيت، واستحالت المقاسمة معه. وهذا أرجح عند صاحب «التهذيب»[9]، وادعى أن الحكم في البيع[10] مثله.

---

(١) في «الروضة» (٤/ ٣٨): (عند).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٣٨): «قلت: سواء كان الباقي من المشاع للراهن أم لغيره. والله أعلم».

(٣) «الشرح الكبير» (٣/ ٢٣٥).

(٤) «المغني» (٤/ ٣٦٩).

(٥) «بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٨).

(٦) في (هـ): (المُفْرَز).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٩٥).

(٨) في (هـ): (إنما).

(٩) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٨).

(١٠) قال في «الروضة» (٤/ ٣٨): «قلت: وممن وافق الإمام في تصحيح صحته الغزالي في «البسيط»، وصاحب «التتمة» وغيرهما. وأما طرد الخلاف في البيع ـ كما ادعى البغوي ـ فشاذ، فقد قطع الأصحاب بصحته. والله أعلم».

وإذا قلنا بالوجه الأول واتفقت القسمة كما قررناه؛ فهو كتلف المرهون أو يَغْرم قيمتُه؟ فيه احتمالان للإمام[١]. أوجههما: الثاني؛ إضافة للفوات إليه. وكيف ينزل منزلة الآفة السماوية وقد حصل له في قطر آخر من الدار مثل ما كان له في ذلك البيت!

وعن الإمام محمد بن يحيى توسط بين الاحتمالين، وهو أنه إن كان مختاراً في القسمة: غَرم القيمة، وإن كان مجبراً؛ فهو كالفوات[٢].

ثم القبض في الرهن المشاع بتسليم الكل. فإذا حصل القبض؛ جرت المهايأة[٣] بين المرتهن والشريك في الرهن[٤]، جريانهَا بين الشريكين، ولا بأس بتبعيض اليد بحكم الشيوع، كما لا بأس به لاستيفاء[٥] الراهن المنافع[٦].

واعلم أن لفظ: (العين)، الذي ترجم به هذا الشرط يطلق بالـمعنى المقابل للدين، ويطلق بالمعنى المقابل للمنفعة. وكل واحد من المعنيين معتبر في الرهون. أما

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٩٥).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٣٩): «قلت: هذا المذكور تفريع على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب: أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة. وشذ صاحب «التتمة» فقال: لا تقسم قسمة واحدة، بل يقسم البيت وحده، ويسلم نصيب الراهن للمرتهن. ثم يقسم الباقي كما لو باع نصيبه من ذلك البيت. وقد أشار صاحب «المهذب» ومن تابعه إلى أنهما إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه يبقى مرهوناً. وهذا ضعيف. والمتحصل في هذا الخلاف: أن المختار جواز قسمتها جملة وإن كان لا يبقى مرهوناً، بل يغرم. والله أعلم». والقسمة: تميز بين الحقوق الشائعة بين المتقاسمين، شرعت لتمليك منفعة الملك.

(٣) بمعنى النوبة. «المصباح المنير»، مادة: هيأ.

(٤) قوله: (في الرهن) سقط من (ز).

(٥) في (هـ): (باستيفاء).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٣٩): «قلت: قال أصحابنا: إن كان المرهون مما لا يقبل، خلّ الراهن بين المرتهن وبينه، سواء حضر الشريك أم لا. وإن كان مما ينقل، لم يحصل قبضه إلا بالنقل. ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك. فإن أذن: قبض. وإن امتنع، فإن رضي المرتهن بكونها في يد الشريك: جاز وناب عنه في القبض. وإن تنازعا: نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما، فإن كان له منفعة: آجره. والله أعلم».

بالمعنى الأول؛ فقد عرفته. وأما بالثاني؛ فقد ذكرَ ابن الصباغ وغيرُه: أنه لو رهن بالدين سكنى دارٍ[(١)] مدة: لم يصح؛ لأنه[(٢)] إن كان مؤجلًا؛ فالمنافع تتلف إلى حلول الأجل، وإن كان حالًّا؛ فبقدر ما يتأخر قضاءُ الدين يَتْلَفُ جزء من المرهون؛ فلا يحصل الاستيثاق.

قال:

(الثاني: أن لا يمتنعُ إثباتُ يدِ المُرتهَن عليه، كرَهن المصحفِ (ح) والعَبدِ (ح) المُسلِمِ من الكافر، ففيه خلافٌ مرتَّبٌ على البيع، وكذا رهنُ الجاريةِ الحسناءِ ممن ليسَ بعَدل، فهو مكروهٌ، ولكن إن جرى؛ فالأصحّ: صحَّتُه).

فقه الشرط: صورتان:

الأولى: في رهن العبد المسلم من الكافر طريقان:

أحدهما ـ وبه قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد ـ: أنه على القولين في بيعه منه. إن صححناه جُعِل في يدي عدلٍ من المسلمين.

والثاني ـ وبه قال صاحب «الإفصاح»[(٣)] ـ: القطع بجوَازه؛ لأنه لا ملك[(٤)] فيه للكافر ولا انتفاع، وإنما هو مجرد استيثاق. والظاهر جوازه أُثْبِت الخلاف أم لا.

ورهن المصحف منه يترتب على رهن العبد، ورهن السلاح من الحربي[(٥)] يترتب على بيعه منه.

---

(١) في (ز): (داره).

(٢) في (ز): (لأنه يصح).

(٣) وهو أبو علي الطبري.

(٤) في (ط الفكر): (لا يد).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٤٠): «قلت: وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر، ففي «تهذيب» =

الثانية: عن الشيخ أبي علي رواية قول: أن رهن الجارية الحسناء لا يجوز إلا أن تكون مَحرماً للمرتهن.

والمذهب المشهور: جواز رَهْن الجواري مطلقاً.

ثم إن كانت صغيرةً لا تشتهى بعد؛ فهي كالعبد، وإلا؛ فإن رُهِنَت من[١] محرمٍ أو امرأةٍ؛ فذاك، وإن رُهنت من[٢] رجل أجنبي؛ فإن كان ثقة وعنده زوجته أو جاريته أو نسوة يؤمن معهن مِنَ الإلمام بها؛ فلا بأس أيضاً، وإلا؛ فَلْتُوضَع عند محرم لها أو امرأة ثقة أو عدلٍ بالصفة المذكورة في المرتهن. فإن شرط وضعَها عند غير مَنْ ذكرنا؛ فهو شرط فاسد لما فيه من الخلوة بالأجنبية وخوف الفتنة. وألْحَقَ الإمام بالصغيرة الخَسِيسَةَ[٣] مع دمامة[٤] الصورة، لكن الفرق بينهما بين[٥]. ولو كان المرهون خنثى؛ فهو كما لو كان جارية، إلا أنه لا يوضع عند المرأة.

وقوله في الكتاب: (ممن ليس بعدل)، يشعر بجواز الرهن من العدل بلا كراهة. ولفظ «الوسيط»[٦] كالمصرح بذلك، لكن المعظم ما قنعوا بالعدالة، وشرطوا معها[٧] أن يكون ذا أهلٍ، كما سبق.

وإذا عرفتَ الصورتين عرفتَ أن اعتبار هذا الشرطِ مختلَف فيه، وفي العبارة المذكورة لترجمتها نظر. والله أعلم.

= الشيخ نصر المقدسي الزاهد وغيره: أن العقد حرام. وفي «التهذيب» للبغوي: أنه مكروه. ذكره في كتاب الجزية. والله أعلم».

(١) في «الروضة» (٤/ ٤٠): (عند).

(٢) في «الروضة» (٤/ ٤٠): (عند).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ) و(ز): (الإمام بالصغر الحسنة)، ولعل الصواب ما أثبتناه، كما هو في «الروضة».

(٤) دَمامة، بالفتح: قبح المنظر وصغر الجسم. «المصباح المنير»، مادة: دمم.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٥٣-٢٥٤).

(٦) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٧٠).

(٧) قوله: «معها» أخره في (ط الفكر) و(ز) إلى ما بعد: (يكون).

قال:

(الثالث: أن تكونَ العينُ قابلةً للبيعِ عندَ حلولِ الأجل[1]؛ فلا يجوزُ رهنُ أمِّ الولد، والوقفِ، وسائرُ أراضي العراقِ من عبادانَ إلى المَوصلِ طولاً، ومن القادسيةِ إلى حُلوانَ عرضاً، فإنه وقفٌ على اعتقادِ الشافعيِّ رضي الله عنه وقفَها عمرُ رضي الله عنه[2] على المسلمِين بعدَ تملُّكِها عنوةً. وقال ابنُ سرَيج: هي ملك).

مقصود الرهن أو من مقاصده: استيفاءُ الحق من ثمن المرهون عند الحاجة[3]، فيشترط قبولُه للبيع.

وما لا يجوز بيعه، كالحر وأم الولد والمكاتب والوقف؛ لا يجوز رهنه. وذكر الشافعي رضي الله عنه والأصحاب رحمهم الله هاهنا طرفاً من الكلام في أرض الخراج، ولاشك أنه دخَيل في الباب، وفي السِّيَرِ عودة إليه، فنؤخره إليه، ونقتصر الآن على حظ الرهن منه، فنقول:

سواد العراق وقف على المسلمين على الأظهر، وكل أرض هي كذلك؛ لا يجوز رهنها كسائر الوقوف.

وأبنيتها وأشجارها؛ إن كانت من تربتها وغروسها التي كانت قبل الوقف؛ فهي كالأرض. وإن أحدثت فيها غيرها: جاز رهنها. فإن رهنت مع الأرض؛ فهي[4]

---

(١) في (هـ): (الدين).

(٢) قوله: (وقفها عمر رضي الله عنه) سقط من (ز).

(٣) أي: عند حلول الدين.

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (فهو).

من صور تفريق الصفقة في الرهن، وكذا رهن الأرض مطلقاً.

إن قلنا: إن البناء والغرس يدخلان فيه، وإذا صح الرهن في البناء والغرس؛ فلا خراج على المرهون، وإنما هو على الراهن، فإنه مضروب على الأرض، فإن أدّاه المرتهن بغير إذنه؛ فهو متبرع، وإن أداه بإذنه وبشرط الرجوع؛ رجع، وإن لم يشترط الرجوع؛ فوجهان جاريان في أداءِ دَين الغير بإذنه مطلقاً. وظاهر النص الرجوع.

وقوله: (عند حلول الأجل)، أي: إذا كان الدين مؤجلاً. فإن كان حَالّاً؛ فالشرط أن يكون قابلاً للبيع في الحال. وقوله: (وسائر أراضي العراق)، أي: جميعها، وقد مَرَّ نظيره.

قال:

(ويجوزُ رهنُ الأمِّ دونَ ولدِها؛ إذ لا تفرقةَ في الحال، وعندَ البيعِ تُباعُ الأمُّ دونَ الولد؛ على رأي، ويقال: هذه تفرقةٌ ضرورية، وعلى رأي: تباعُ معَه[1]، ثم يختصُّ المرتهَنُ بقيمةِ الأمِّ مفردةً، فتقوَّمُ الأمُّ منفردة، فإذا هي مئة، ومعَ الولد؛ فهي[2] مئةٌ وعشرون، فنقول: حِصّةُ الولد سدسٌ كيفما اتَّفقَ البَيع. وقيل: إن الولدَ أيضاً تُقدَّرُ قيمتُه مفرداً حتى تقلَّ قيمتُه، فتكونُ عشرةً مثلاً؛ فيقال: هو جزءٌ من أحد عشرَ جزءاً، فيُقسَمُ على هذه النِّسبة).

التفريق بين الأم وولدها الصغير ممنوع منه، وفي إفساده البيعَ قولان سبقا، ويصح رهن أحدهما دون الآخر. قال الشافعي رضي الله عنه: لأن ذلك ليس بتفرقة بينهما.

---

(١) في (هـ): (معها).

(٢) في (ز): «فإذا هي». (م ع).

قيل معناه: إن الرهن لا يوجب تفرقة؛ لأن الملك فيهما باق للراهن، والمنافع له، فيمكنه أن يأمرها بتعهد الولد وحضانته. وإذا كان كذلك؛ وجب تصحيح الرهن، ثم ما يتفق بعده من بيعٍ وتفريق فهو ضرورة إلجاء الرهن إليه.

وقيل: معناه: أنه لا تفرقة في الحال، وإنما التفرقة تَقَعُ عند البيع، وحينئذ يحذر منها بأن يبيعهما معاً.

ومن قال بالأول لم يبال بإفراد أحدهما عن الآخر[1] بالبيع إذا وقعت الحاجة إلى البيع.

والأصح: التفسير الثاني، وأنهما يباعان جميعاً، ويوزع الثمن على قيمتهما.

وكيف يوزع؟ قدم الإمام على بيانه مسألةً هي مقصودة في نفسها، فَنَأْتمُّ به في تقديمها ثم نعود إلى هذه:

أما تلك المسألة؛ فهي: ما إذا رهن أرضاً بيضاء ثم نبت فيها نخيل، ولها حالتان:

إحداهما: أن يرهن الأرض ثم يدفن فيها النوى أو يحمله[2] السيل أو الطير إليها فتنبت؛ فهي للراهن، ولا يجبر في الحال على قلعها؛ فلعله يؤدي الدين من موضع آخر. فإذا مست الحاجة إلى بيع الأرض؛ نُظر: إن وَفَّى ثمن الأرض لو[3] بيعت وحدها بالدين؛ بيعت وحدها ولم يقلع النخيل. وكذا لو لم يفِ به إلا قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بيضاء. وإن لم يَفِ به ونقصت قيمتها بالأشجار؛ فللمرتهن قلعها ليبيع الأرض بيضاء إلا أن يأذن الراهن في بَيعها مع الأرض؛ فيباعان ويوزع الثمن عليهما.

---

(١) قوله: (عن الآخر) سقط من (ز).

(٢) في (هـ): (يحملها).

(٣) في (هـ): (أو).

هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً بالإفلاس، فإن كان كذلك؛ فلا قلع بحال؛ لتعلق حق الغرماء بها، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما، فما يقابل الأرض يختص به المرتهن، وما يقابل الأشجار يقسم بين الغرماء. فإن انتقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار؛ حُسِب النقصان على الغرماء؛ لأن حق المرتهن في أرض فارغة، وإنما منع من القلع لرعاية جانبهم؛ فلا يهمل جانبه بالكلية.

الحالة الثانية: أن تكون النوى مدفونة في الأرض يوم الرهن ثم تنبت. فإن كان المرتهن جاهلاً بالحال؛ فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن، فإن فسخ؛ فذاك، وإلا؛ فهو كما لو كان عالماً، وإن كان عالماً؛ فلا خيار. وإذا بيعت الأرض مع النخيل؛ وُزِّع الثمن عليهما. والمعتبر في الحالة الأولى قيمة أرض[1] فارغة، وفي الثانية قيمة أرض مشغولة؛ لأنها كانت كذلك يوم الرهن.

وفي كيفية اعتبار قيمة الأشجار وجهان نَقَلَهما الإمام في الحالتين:

أظهرهما: أن الأرض تقوّم وحدها. فإذا قيل: هي مئة؛ قوّمت مع الأشجار. فإذا هي مئة وعشرون؛ فالزيادة بسبب الأشجار عشرون، وهي سدس المئة والعشرين، فيراعى في ثمنها نسبة الأسداس.

والثاني: أنّا كما قومنا الأرض وحدها نقوم الأشجار وحدها ثانية، فإذا قيل: هي خمسون؛ عرفنا أن النسبة بالأثلاث[2].

واعلم أن في المثال المذكور لإيضاح الوجهين تكون قيمة الأرض ناقصةً بسبب الاجتماع؛ لأنّا فرضنا قيمتها وحدها مئة، وقيمة الأشجار وحدها ثابتة خمسين، وقيمة المجموع مئة وعشرين.

---

(١) في (هـ): (الأرض).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٦٤-١٦٥).

عُدْنا إلى مسألة الأم والولد؛ فإذا بِيعَا معاً وأردنا التوزيع؛ قال الإمام: فيه طريقان:

أحدهما: أن التوزيع عليهما كالتوزيع على الأرض والأشجار؛ فتعتبر قيمة الأم وحدها، وفي الولد الوجهان.

والثاني: أن الأم لا تقوم وحدها، بل تقوم مع الولد خاصة[١]؛ لأنها رهنت وهي ذات ولد، والأرض رهنت بلا أشجار[٢]. وهذا ما أورده الأكثرون.

نعم لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنًى وَبِيعَا معاً؛ فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها[٣].

وصاحب الكتاب اقتصر على رواية الطريق الأول، لكن نقله الوجه الثاني هاهنا، وفي «الوسيط»[٤] يخالف منقولَ «الإمام»؛ لأنه قال: تقدر قيمة الولد أيضاً مفرداً. والوجه ما نقله الإمام، كما تقدر[٥] قيمة الأشجار ثابتة، لا مقلوعة.

---

(١) في (ز): (حاضنة).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٦٥).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٤٢-٤٣): «قلت: ذكر الإمام الرافعي في مسألة الغراس والأرض الفرق بين علم المرتهن وجهله في ثبوت الخيار. ولم يذكره هنا، فكأنه أراد أنه مثله. وقد صرح صاحب «الشامل» بذلك، فقال: إن كان عالماً بالولد حال الارتهان، فلا خيار، وإلا، فله الخيار في فسخ البيع المشروط فيه الرهن. وقال صاحب «الحاوي»: إن علم، فلا خيار، وإلا، فإن قلنا: تباع الأم دون الولد، فلا خيار. وإن قلنا: يباعان، ففي الخيار وجهان، وجه المنع: أنه لا يتحقق نقصها، بل قد تزيد. فإن قيل: ما فائدة الخلاف في التوزيع والراهن يجب عليه قضاء الدين بكل حال؟ قلنا: تظهر فائدته عند ازدحام غرباء الميت والمفلس، وفي تصرف الراهن في الثمن قبل قضاء الدين، فينفذ في حصة الولد دون الأم. ذكره الإمام الغزالي في «البسيط». والله أعلم».

(٤) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٦٣-٤٦٤).

(٥) في (هـ): (تقدم).

وقوله: (حتى تقل قيمته)، أي: هكذا يكون؛ لكونه ضائعاً، وتمثيله المسألة بها إذا كانت قيمة الولد عشرة يناسب ما نقله، ومثّل في «الوسيط»[(١)] بها إذا كانت قيمة الولد خمسين، وليس كذلك[(٢)] مع كون قيمتها مئة وعشرين على ما فرضه الإمام[(٣)] في الوجه الأول. فإذا[(٤)] كانت وحدها مئة وكانت مع الولد مئة وعشرين؛ استحال أن يكون الولد وحده خمسين؛ لضياعه.

قال:

(ورهنُ ما يتسارعُ إليه[(٥)] الفسادُ بدينٍ مؤجَّلٍ قبلَ حلولِ أجلِه: صحيحٌ إن شرطَ البَيعَ وجعلَ الثَّمنَ رهناً، وإن شرطَ منعَه؛ فباطل، وإن أطلَق؛ فقَولان، ولا خلافَ أنه لو طرأ ما يُعَرِّضُه[(٦)] للفساد: أنه[(٧)] يباعُ ويجعَلُ بدلُه رهناً).

إذا رهن شيئاً رطباً يتسارع إليه الفساد؛ نُظر: إن أمكن تجفيفه، كالرطب والعنب: صح رهنه وجفف. وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تجفف والمَرَقة والريحان والجمد فرَهَنه؛ إن كان بدينٍ حالٍّ يصح، ثم إن بيع في الدين أو قضى الدين من موضع آخر؛ فذاك، وإلّا؛ بِيع وجُعِلَ الثمن رهناً؛ كي لا يضيع ولا تفوت الوثيقة. فلو تركه

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٦٤).

(٢) في (ط الفكر) و(ز): (ذلك).

(٣) سقط من (ز) و(هـ).

(٤) في (هـ): (فإنها إذا).

(٥) سقط من (ز).

(٦) في (ز) و(هـ): (عرضه).

(٧) سقط من (هـ).

المرتهن حتى فَسَدَ؛ قال في «التهذيب»[(١)]: إن كان الراهن أَذِن له في بيعه؛ ضمن، وإلا؛ لم يضمن، ويجوز أن يقال: عليه رفعُ الأمر إلى القاضي؛ ليبيعه[(٢)].

وإن كان رهنه بمؤجل؛ فله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يعلم حلول الأجل قبل فساده؛ فهو كرهنه بدين حال.

والثانية: أن يعلم عكسه؛ فإن شرط في الرهن بيعه عند الإشراف على الفساد وجعل ثمنه رهناً: صح ولزم الوفاء بالشرط. وإن شرط ألا يباع بحال قبل[(٣)] حلول الأجل؛ فهو فاسد مفسد للرهن؛ لمناقضته مقصود التوثق[(٤)]، وإن لم يشترط هذا ولا ذاك؛ فقولان:

أحدهما ـ وبه قال أبو حنيفة[(٥)] وأحمد[(٦)] ـ: يصح الرهن ويباع عند تعرضه للفساد، كما لو شرطه؛ لأن الظاهر أنه لا يقصد فساد ماله.

والثاني: لا يصح؛ لأنه مرهون لا يمكن استيفاء الحق منه عند المحل، والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن. وهذا أصح عند أصحابنا العراقيين. وميلُ من سواهم إلى الأول[(٧)]، وهو الموافق لنصه في «المختصر».

---

(١) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٥-٢٦).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٤٣): «قلت: هذا الاحتمال الذي قاله الإمام الرافعي رحمه الله قوي أو متعين. وقد قال صاحب «التتمة» في هذه الصورة: إن سكتا حتى فسد أو طلب المرتهن بيعه، فامتنع الراهن، فهو من ضمان الراهن، وإن طلب الراهن بيعه فامتنع المرتهن، فمن ضمان المرتهن. والله أعلم».

(٣) في الروضة: (عند).

(٤) في (ط الفكر): (الوثيقة).

(٥) قال في «مجمع الأنهر» (٢/ ٦١١): «الرهن يتقرر بالهلاك، فإذا بقي بعض المحل، يعود الحكم بقدره» يعني: أنه يباع بما بقي.

(٦) «المغني» (٤/ ٣٧٧-٣٧٨).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٤٤): «قلت: قال الإمام الرافعي في «المحرر»: أظهرهما: لا يصح الرهن. والله أعلم».

والثالثة: أن لا يعلم واحدٌ من الأمرين، وكانا محتمَلَيْن؛ ففي جواز الرهن المطلق قولان مرتبان على القولين في القسم الثاني، والصحة هاهنا أظهر. ولو رهن ما لا يتسارع إليه الفساد فَطَرَأَ ما عرّضه للفساد قبل حلول الأجل، كما إذا ابتلّت الحنطة وتعذر التجفيف؛ فلا يَنفسخ[1] الرهن بحال، وإن منع الصحة في الابتداء على قولٍ، كما أن إباق العبد يمنع صحة العقد، وإذا طرأ: لم يوجب الانفساخ، ولو طرأ ذلك قبل قبض المرهون؛ ففي الانفساخ وجهان، كما في عروض الجنون والموت. وإذا لم ينفسخ: يباع ويجعل الثمن رهناً مكانه[2].

قال:

(ويجوزُ رهنُ العبدِ المرتَدِّ (و ز)، كما يجوزُ بيعُه (و ز)، ورهنُ الجاني يُبنى على جوازِ بيعِه. وَنَصَّ الشافعيُّ رضي الله عنه: أن رهنَ المدبَّرِ باطل[3]. وفيه قولٌ مـخرَّجٌ (و) منقاس: أنه صحيح، وكذا رهنُ المعلَّقِ عتقُه على صفة. وقيل: إنه باطل؛ إذ لا يَقوى الرَّهنُ على دفعِ عتقٍ جرى سببُه).

في الفصل أربع صور:

إحداها: رهن العبد المرتد كبيعه، وقد مَرَّ. والمذهب: صحتهما. ثم إن كان المرتهن عالماً بردته؛ فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن، وإن كان جاهلاً؛ فله

---

(١) في (هـ): (فلا يفسح).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٤٤): «قلت: الأرجح: أنه لا ينفسخ، وهذا الذي قطع به ـ من أنه إذا لم ينفسخ يباع ـ هو المذهب. ونقل الإمام: أن الأئمة قطعوا بأنه يستحق بيعه. ونقل صاحب «الحاوي» فيه قولين: أحدهما: يجبر الراهن على بيعه، للوثيقة كما يجبر على نفقته. والثاني: لا، لأن حق المرتهن في حبسه فقط. وهذا ضعيف. والله أعلم».

(٣) في (هـ): (باطل، أي: لا يقوى الرهن على دفع عتق).

الخيار. فإن قُتِل[١] قبل القبض؛ فله فسخ البيع، وإن قُتِل[٢] بعده؛ فهو من ضمان مَنْ؟ فيه وجهان مقرَّرَانِ في البيع؛ فإن جعلناه من ضمان الراهن؛ فللمرتهن فسخ البيع. وإن جعلناه من ضمان المرتهن؛ فهو كما لو مات في يده؛ فلا فسخ ولا أرش[٣]. ورهن العبد المحارب كبيعه.

وقوله: (ويجوز رهن العبد المرتد كما يجوز بيعه)، معلمان بالواو؛ لما قدمناه، وبالزاي؛ لأن الموفق بن طاهر روى عن المزني المنع منهما.

الثانية: رهن العبد الجاني مرتب على بيعه؛ إن لم يصح بيعه؛ فرهنه أولى. وإن صح؛ ففي رهنه قولان. وفرقوا بينهما بأن الجناية العارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المجني عليه، فإذا وجدت أولاً؛ منعت من ثبوت حق المرتهن.

التفريع:

إن لم نصحّح[٤] الرهن ففداه السيد أو أسقط المجني عليه حقه؛ فلا بدّ من استئناف رهن. وإن صححناه؛ فقد قال المسعودي: إنه يكون مختاراً للفداء، كما سبق في البيع. وبمثله أجاب الإمام، لكن ابن الصباغ قال: لا يلزمه الفداء بخلاف ما في البيع والعتق؛ لأن محل الجناية باق هاهنا، والجناية لا تنافي الرهن. ألا ترى أنه لو جنى وهو مرهون؛ تعلقت الجناية به ولا يبطل الرهن؟[٥].

---

(١) هكذا في «الروضة»، وفي (ط الفكر): (قبل)، وهو تحريف.

(٢) هكذا في «الروضة»، وفي (ط الفكر): (قبل)، وهو تحريف.

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٤٤): «قلت: ولو رهنه عبداً مريضاً لم يعلم بمرضه المرتهن حتى مات في يده، فلا خيار له، قاله في «المعاياة»، قال: لأن الموت بألم حادث بخلاف قتل المرتد. والله أعلم».

(٤) في (ط الفكر) و(هـ): (لم يصح).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٤٥-٤٦): «قلت: قال البغوي أيضاً: أن يكون ملتزماً للفداء. ولكنِ الأكثرون قالوا كقول ابن الصباغ. منهم: الشيخ أبو حامد والماوردي وصاحب «العدة» وغيرهم. قالوا: هو مخيّر =

وإذا صححنا الرهن والواجب القصاصُ، ومنعناه والواجب المال؛ فرهن، والواجب القصاص ثم عفا المستحق على مال؛ فيبطل الرهن من أصله أو هو[(١)] كجناية تصدر من المرهون حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية؟ فيه وجهان. اختار الشيخ أبو محمد[(٢)] أولهما. وإذا قيل به؛ فلو كان[(٣)] قد حفر بئراً في محل عدوان فتردى فيها إنسان بعدما رهن؛ ففي تبين الفساد وجهان. والفرق: أنه في الصورة الأولى رهن وهو جانٍ، وهاهنا بخلافه.

= بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية. فإن فداه، بقي الرهن، وإلا، بيع في الجناية. وبطل الرهن إذا استغرقه الأرش. وإلا، بيع بقدره، واستقر الرهن في الباقي.

وإذا قلنا: لا يصح رهن الجاني، فسواء كان الأرش درهماً والعبد يساوي الوفاء أم غير ذلك. نص عليه الشافعي رضي الله عنه والأصحاب. وأما إثبات الخيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه رهنه ففيه تفصيل في «الحاوي» وغيره: إن كان عالماً بالجناية، فلا خيار في الحال. فإن اقتص منه في طرفه، بقي رهناً ولا خيار للمرتهن في البيع، لعلمه بالعيب.

وإن قتل قصاصاً: فإن قلنا: إنه من ضمان البائع، فله الخيار كما لو بان مستحقّاً. وإن قلنا: من ضمان المشتري، فلا خيار، لأنه معيب علم به. وإن عفا مستحق القصاص على ماله: فإن فداه، بقي رهناً ولا خيار للمرتهن، وإن بيع للجناية: بطل الرهن، وفي الخيار الوجهان. وإن عفا عن القصاص: سقط أثر الجناية.

أما إذا كان جاهلاً بالجناية: فإن علم قبل استقرار حكمها: يخيَّر. فإن فسخ، وإلا، فيصير عالماً وحكمه ما سبق. وإن لم يعلم إلا بعد استقرار حكمها في قصاص طرف: لم يبطل الرهن بالقصاص، لكن للمرتهن الخيار. وإن كان قصاص نفس بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن استقر حكمها على مال، فإن فداه كان العفو على مال. وإن بيع: بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن عفا بلا مال: سقط أثر الجناية.

ثم إذا لم يتب العبد من الجناية وكان مصرّاً، فهذا عيب، فللمرتهن الخيار. وإن تاب فهل ذلك عيب في الحال؟ وجهان. فإن قلنا: عيب، فله الخيار. وإلا، فوجهان، أحدهما: يعتبر الابتداء فيثبته. والآخر: ينظر في الحال. هذا من كلام صاحب «الحاوي»، وفيه نفائس. والله أعلم».

(١) قوله: (أو هو) سقط من (هـ).

(٢) في (ز) و(ط الفكر): (حامد).

(٣) أي: العبد.

الثالثة: قال الشافعي رضي الله عنه: ولو دبّره ثم رهنه؛ كان الرهن مفسوخاً، أي: باطلاً.

وللأصحاب في رهن المدبر طرق:

أحدها ـ وبه قال ابن سريج ـ: أنه على قولين مبنيين على أن التدبير وصية أو تعليقُ عِتْقٍ بصفة؟ إن قلنا بالأول؛ صح الرهن. وإن قلنا بالثاني؛ لم يصح[١]، كما لو رهن المعلق عتقه بصفة يحتمل أن تتقدم على المحل، ويحتمل أن تتأخر.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن السيد قد يموت فجأة؛ فيبطل مقصود الرهن، ولا يقف[٢] على موته ليبيعه قبله. ومن قال بهذا قال: التدبيرُ وإن جُعِل وصيةً فهو آكد من سائر الوصايا، بدليل أنه يتنجز بالموت، والرهن ليس بصريح في الرجوع؛ فجاز أن يؤثر في سائر الوصايا، ولا يؤثر في التدبير.

والثالث: القطع بجواز رهنه كبيعه.

التفريع:

إن صححنا الرهن بناء على أنه وصية؛ فيبطل التدبير، ويكون بالرهن راجعاً عنه، وهو اختيار المزني. وإن أبطلناه بناءً على أنه تعليق عتق بصفة؛ فالتدبير باق بحاله، ولا يحصل الرجوع إلا بتصرف مزيل للملك[٣]. وكذا الحكم إن قلنا بالطريقة الثانية، وإن قلنا بالثالثة؛ فالتدبير باق أيضاً، وهو مرهون مدبر. فإن قضى الراهن الدين من غيره؛ فذاك، وإن رجع في التدبير وباعه في الدين؛ بطل التدبير. وإن امتنع من الرجوع فيه ومن بيعه؛ فإن كان له مال آخر: أجبر على قضائه منه، وإلا؛ فوجهان عن أبي إسحاق:

---

(١) زاد في (ز): «على الأصح». (م ع).

(٢) في (هـ): (ولا يوقف).

(٣) في (هـ): (بتصرف يزيل الملك).

أصحهما: أنه يباع في الدين ويفسخ التدبير[١].

والثاني: أنه يحكم بفساد الرهن[٢]. ومن قال بهذا حمل قول الشافعي رضي الله عنه: وكان الرهن مفسوخاً عليه.

بقي الكلام في أن أظهر الطرق ماذا؟ وفي أن الأظهر من صحة الرهن وفساده ماذا؟

أما الأول: فالحق ما ذكره صاحب «الشامل»؛ وهو أن الطريق الأول أقرب إلى القياس، والثاني أقرب إلى النص، والثالث أبعد الثلاثة. أما كون الأول أقرب إلى القياس؛ فلأنّ في كون التدبير وصية أو تعليق عتق بصفة قولين معروفين، وقضية كونه وصية صحة الرهن. وأما كون الثاني أقرب إلى النص؛ فلأن كلامه في «الأم» كالصريح في القطع بالمنع؛ لأنه قال: ولو دبّره ثم رهنه: كان الرهن مفسوخاً. ولو قال: «رجعت عن التدبير» ثم رهنه؛ فقولان، فنخص القولين بما بعد الرجوع[٣].

وأما الثاني: فعامة الأصحاب مائلون إلى ترجيح البطلان، كما نص عليه، وربما وجهوه بأن العتق مستحق بالتدبير؛ فلا يقوى الرهن على دفعه. واختار الإمام وصاحب الكتاب ترجيح الصحة.

قال الإمام: أما إذا قلنا: إنه وصية؛ فظاهر، وأما: إذا قلنا إنه تعليق عتق بصفة؛

---

(١) من قوله: (وإن امتنع) إلى هنا سقط من (هـ).

(٢) «المهذب» للشيرازي (٢/ ٩١). وقال في «الروضة» (٤/ ٤٧): «قلت: هذا الذي ذكر حكم المذهب. ولا يغترَّ بقوله في «الوسيط»: ذهب أكثر الأصحاب إلى صحة رهنه، وإن كان قوياً في الدليل. والله أعلم».

(٣) «الأم» للشافعي (٣/ ١٥٨).

فلأنه مع ذلك محسوب من الثلث، بخلاف العتق المعلق[١] النازل في حياة المعلق والدين محسوب من رأس المال. ولو مات ولم يخلف إلا هذا العبد والدينُ مستغرق ولا رهن؛ لَصرفناه إلى الدين ولم نبال ارتفاع[٢] العتق، فلا معنى لمنعه من الرهن لغرض العتق[٣].

وقوله في الكتاب: (وفيه قول مخرج)، إنما كان مخرجاً؛ لأن المنصوص البطلان، وهذا مخرج من أن التدبير وصية، وطريقة القولين هي التي أوردها في الكتاب، ويجوز الإعلام بالواو لغيرها.

الرابعة: رهن المعلق عتقه بصفة نصوره[٤] على وجوه:

أحدها: أن يرهن بدينٍ حالٍّ أو مؤجلٍ يتيقن حلوله قبل وجود الصفة؛ فهو صحيح ويباع في الدين. فلو لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة؛ فيبنى على القولين في أن أمر الاعتبار في العتق المعلق بحالة التعليق أم بحالة وجود الصفة؟ إن قلنا بالأول: عتق، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً[٥]. وإن قلنا بالثاني؛ فهو كإعتاق المرهون، وسيأتي.

والثاني: أن يرهن بدَين مؤجّل يتيقن وجود الصفة قبل حلوله؛ ففيه طريقان.

عن صاحب «الإفصاح»: أنه على القولين في رهن ما يتسارع إليه الفساد؛ فعلى

---

(١) في (ز) و(هـ): (المطلق).

(٢) في (ز) و(هـ): (باندفاع).

(٣) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٥٠).

(٤) في (هـ): (يصور).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٤٧): «قلت: هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول، هو الذي جزم به صاحب «التهذيب». وجزم صاحب «التتمة» بأنه لا خيار له، وقد سقط حقه، لأن الرهن سلم له، ثم بطل، فصار كموته. والأول أصح وأقيس. والله أعلم».

قولٍ: يباع إذا قرب أوانُ وجود الصفة، ويجعل ثمنه رهناً. قال الإمام: وهذا البناء إنما ينتظم إذا قلنا بنفوذ العتق المعلق قبل الرهن عند وجود الصفة حالة الرهن، أما إذا لم نقل بذلك؛ فلا نخاف تسارع الفساد إليه وفوات الوثيقة؛ فيوجه الخلاف بشيء آخر؛ وهو: أن الرهن هل يصلح دافعاً للعتق المستحق بالتعليق؟ فتارة نقول: نعم كالبيع، وأخرى نقول: لا؛ لضعفه[1].

والطريق الثاني ـ وهو المشهور ـ: القطع بالمنع؛ لفوات مقصود الرهن قبل المحل، وليس ذلك كرهن ما يتسارع إليه الفساد؛ لأن الظاهر من حال صاحب الطعام الرضا بالبيع عند خوف الفساد؛ كي لا يضيع. والظاهر من حال المعلق إمضاء العتق.

والثالث: أن لا يتيقن واحد من الأمرين، بل يجوز تقديم الصفة على حلول الدين، وبالعكس؛ فقولان:

أصحهما: المنع، لما فيه من الغرر.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة وأحمد[2] ـ: أنه يصح؛ لأن الأصل استمرار الرق. وقال القاضي أبو الطيب: هذا مخرج من تجويز رهن المدبر بناءً على أن التدبير تعليق عتق بصفة. وعن صاحب «الإفصاح» طريقة قاطعة بالمنع هاهنا. فهذا كلام الأصحاب في المسألة. وقد عرفت منه فَتْوَاهُمْ بالبطلان. وإيراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الصحة هاهنا. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ١٥٠).

(٢) قال في «المغني» (٤/ ٣٧٧): «فإن كانت تحتمل الأمرين، كقدوم زيد، فقياس المذهب صحة رهنه، لأنه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه، فصح رهنه، كالمريض والمدبر، وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه. ويحتمل أن لا يصح رهنه». ولم أعثر على رأي أبي حنيفة رحمه الله في كتب مذهبه.
أقول: ينظر حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٨٤)، والبناية شرح الهداية (١٢/ ٥٠٥). (م ع).

قال:

(ويصحُّ رهنُ الثِّمارِ بعدَ بدوِّ الصَّلاح، والأصحّ: جوازُه أيضاً قبلَ بدوِّ الصَّلاح، وإن لم يُشترَطِ القَطع، ولكن عندَ البَيعِ يُشترطُ القَطع. وقيل: لا يجوزُ إلا بالتَّصريحِ بالإذنِ في شرطِ القَطعِ عندَ البيع).

إذا رهن الثمار على الأشجار؛ فإما أن يرهنها مع الأشجار أو وحدها.

الحالة الأولى: أن يرهنها مع الأشجار؛ فيُنظر: إن كانت الثمرة[1] مما يمكن تجفيفها: صح الرهن سواء بَدَا الصلاح فيها أو لم يَبْدُ، وسواء كان الدينُ حالّاً أو مؤجلاً. وإن كانت مما لا يمكن تجفيفها ولم نصحح[2] رهن ما يتسارع إليه الفساد؛ فطريقان:

أشبههما: أنه لا يصح في الثمار. وفي الأشجار قولا تفريق الصفقة.

والثاني: يصح فيهما قولاً واحداً، وتكون الثمار تابعة للأشجار.

الحالة الثانية: أن يرهنها وحدها؛ فإن لم يمكن تجفيفها؛ فهو كرهن ما يتسارع إليه الفساد على وجه الأرض. وإن أمكن تجفيفها؛ فإما أن يرهن قبل بدو الصلاح أو بعده.

القسم الأول: أن يرهن قبل بدو الصلاح؛ فإن رهنها بدين حالٍّ وشرط قطعها وبيعَها أو بيعَها بشرط القطع: جاز. وإن أطلق؛ فقولان:

أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز بيعها مطلقاً.

---

(١) في (هـ): (الشجرة).

(٢) في (هـ): (لم يصح).

وأصحهما: الجواز؛ لأن حق المرتهن لا يبطل باحتياجها، وحق المشتري يبطل. وأيضاً فإن الحلول قرينة نازلة منزلة شرط القطع. وإن رهنها بدين مؤجل؛ نُظِر: إن كان يحل مع بلوغ الثمار أوانَ الإدراك أو بعده؛ فهو كما لو كان حالّاً. وإن كان يحل قبل بلوغها أوان الإدراك؛ فإن رهنها مطلقاً؛ فقولان:

أصحهما: أنه لا يصح؛ لأن العادة في الثمار الإبقاء إلى الإدراك؛ فأشبه ما لو رهن شيئاً على أن لا يبيعه عند المحل إلا بعد أيام.

والثاني: يصح؛ لأن مقتضى الرهن البيع عند المحل، فكأنه شرط بيعه عند المحل. وإن رهنها بشرط القطع عند المحل؛ فطريقان. منهم من طرَّد القولين. ووجه المنع: التشبيه بما إذا باع بشرط القطع بعد مدة. ومنهم من قطع بالجواز(١). وإليه أشار الشيخ أبو حامد وصاحب «التهذيب»(٢). وعن صاحب «التقريب» طريقة قاطعة بالمنع فيما إذا رهنها مطلقاً كما إذا باعها.

والقسم الثاني: أن يرهن بعد بدو الصلاح؛ فيجوز بشرط القطع، ومطلقاً إن رهنها بدين حال أو مؤجل هو في معناه. وإن رهنها بمؤجل يحل قبل بلوغها أوانَ الإدراك؛ فعلى ما ذكرنا في القسم الأول.

إذا وقفت على هذا التفصيل عرفت أن مطلق قوله في الكتاب: (ويصح رهن الثمار بعد بدو الصلاح)، على ماذا يجب تنزيله. وقوله: (وقيل)، هو القول الثاني.

ومتى صح رهن الثمار على الأشجار؛ فمؤونة السقي والجذاذ والتجفيف على الراهن دون المرتهن. فإن لم يكن له شيءٌ: باع الحاكم جزءاً منها وأنفقه عليها. ولو

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٤٨): «قلت: المذهب: الصحة فيما إذا شرط القطع. وبه قطع جماعة. والله أعلم».
(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٤٩-٥٠).

توافق الراهن والمرتهن على ترك السقي: جاز، بخلاف علف الحيوان. وحكى الروياني عن بعض الأصحاب أنه يُجْبَرُ عليه كما يجبر على علف الحيوان. وادعى أنه الأصح. وإذا أراد أحدهما قطع الثمرة قبل أوان الجذاذ؛ فللآخر أن يمتنع عنه[1]، وبعد أوان الجذاذ ليس له ذلك، بل يباع في الدين إنْ حلَّ، وإلا أمسكه رهناً.

فرعان:

أحدهما: الشجرة التي تثمر في السنة مرتين يجوز رهن ثمرتها الحاصلة بالدين الحالّ والمؤجلِ الذي يحل قبل خروج الثمرة الثانية[2]، أو قبل اختلاطها بالأولى، وإلا فإن شرط أن لا تقطع عند خروج الثانية: لم يصح. وإن شرط قطعها: صح. وإن أطلق؛ فقولان. فإن صححنا أو رهن بشرط القطع ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط؛ ففي بطلان الرهن قولان، كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض. والرهن بعد القبض كالبيع قبله[3]؛ لأن المرتهن[4] إنما يتوثق بعد القبض، فهو والمرهون عنده كالبائع والمبيع محبوس عنده. فإن قلنا: يبطل الرهن؛ فذاك، وإن قلنا: لا يبطل؛ فلو اتفق قبل القبض: بطل. وفيه وجه سيأتي نظيره فيما إذا تخمر العصير قبل القبض. وإن لم يبطل؛ فإن رضي الراهن بأن يكون الكل رهناً أو توافقا على أن يكون الصف من الجملة ـ مثلاً ـ رهناً فذاك، وإن تنازعا في قدر المرهون؛ فالقول قول الراهن مع يمينه، كما لو اختلطت الحنطة المرهونة بحنطة أخرى للراهن. وقال المزني: القول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن اليد له، كما لو تنازعا في ملك. وأجاب الأصحاب بأن اليد تدل على الملك دون الرهن، ألا ترى أنه لو قال مَنْ في يده المال: «رهنتنيه»، وأنكر

---

(١) في (هـ): (عليه).

(٢) في (هـ): (الثانية لم يصح وإن شرط قطعها أو).

(٣) في (ز): (قبل القبض).

(٤) سقط من (هـ) نحو صفحتين اعتباراً من هذه الكلمة.

المالك؛ كان القول قوله؟ وذكر الروياني في مسألة الحنطة: أَنّ طَرْد الخلاف محتملٌ؛ لتعذر الفرق.

الثاني: إذا رهن زرعاً بعد اشتداد الحب؛ نُظر: إن كان تُرى حبّاتهُ من السنبلة: صح، وإلا؛ فقولان، كما في البيع. والأصح: المنع. ولو رهنه وهو بَقْلٌ؛ فهو كما لو رهنه الثمرة قبل بدو الصلاح. وعن صاحب «التلخيص»: أنه لا يجوز إذا كان الدَّيْن مؤجلاً قولاً واحداً، وإن صّرح[١] بشرط القطع عند المحل؛ لأن الزرع لا يجوز بيعه إذا تسنبل. وقد يتفق[٢] الحلول في تلك الحالة، ولأن زيادة الزرع بالطول، فهي كثمرة[٣] تحدث وتختلط بالمرهون، وزيادة الثمرةِ بكِبَرِ الحبة؛ فهي كالسمن.

قال:

(فإن قيل: هل يُشترطُ أن يكونَ المرهونُ ملكاً للرّاهن؟ قلنا: لا؛ فقد نصَّ الشّافعيُّ على أنه لو استعارَ الرَّهنَ[٤] جاز. وفي تغليبِ حقيقةِ الضَّمانِ أو العاريةِ تردُّدُ قول. والأولى أن يُقال: هو فيما يدورُ بينَ الرّاهنِ والمرتَهنِ رهنٌ مَحض، وفيما بينَ المُعيرِ والمُستعيرِ عارية، وفيما بينَ المُعيرِ والمرتَهنِ حكمُ الضمانِ أغلب، فيَرجعُ فيه ما دامَ في يدِ الرّاهن. ولا يرجعُ بعدَ القَبض؛ على الأصحّ؛ لأنه ضَمنَ له الدَّينَ في عينِ ملكِه، ويقدرُ على إجبارِ الرّاهنِ على فكِّه بأداءِ الدَّين؛ لأنه معير في حقه إن كانَ الدَّينُ حالًّا.

(١) في (ز): (صح).

(٢) أي: يقع.

(٣) في (ز): (لثمرة).

(٤) في (ز): (للرهن).

وإن كانَ مؤجّلاً؛ فقولان. ولا يُباعُ في حقِّ المرتهَنِ إلا إذا أعسرَ الرّاهن. ولو تَلِفَ في يدِ المرتهَن؛ فلا ضمانَ على أحد؛ على الأصحّ. وإن تَلِفَ في يدِ الرّاهن: ضَمِن؛ لأنه مُستعير. والأصحّ: أنه يُشترطُ في هذه الإعارةِ ذكرُ قَدرِ الدَّين وجنسِه ومن يُرهنُ عندَه؛ لأن معنى الضَّمانِ ظاهرٌ فيه، والغَرضُ يَختلفُ به).

لما كان حجة الإسلام يتكلم في هذا الركن في شرائط المرهون، بَحَثَ عن أنه هل يشترَط كونُ المرهون ملكاً للراهن؟ والجواب الجملي: أنه ليس بشرط على المذهب. والتفصيلي: أنه إذا استعار عبدَ الغير ليرهنه بدينه فرهنه؛ فسبيل هذا[1] العقد سبيل العارية أو الضمان؟ فيه قولان:

أحدهما: سبيل العارية؛ لأنه[2] قبض مال الغير بإذنه؛ لينتفع به ضَرَبَ انتفاعٍ؛ فأشبه ما لو استعاره للخدمة.

وأصحهما: أن سبيله سبيل الضمان. ومعناه: أنه ضمن دين الغير في رقبة ماله. كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره؛ يصح وتكون ذمته فارغة. وكما ملك أن يلزم ذمته دين الغير وجب أن يملك التزامَه في عين ماله؛ لأَنَّ كل واحد منهما محل حقه وتصرفه. ولو قال المديون لغيره: «ارهن عبدك بديني من فلان»؛ فهو كما لو قبضه ورهنه.

وقوله في الكتاب: (وفي تغليب حقيقة الضمان أو العارية تردد قول)، أشار به إلى ما ذكره الإمامُ من أن في العقد شَبَهاً من هذا، وشبهاً من ذاك، وليس القولان في

(١) انتهى بهذه الكلمة سقط قدره نحو الصفحتين من (هـ).

(٢) في (هـ): (لأن).

أنه يتمحض عاريةً أو ضماناً، وإنما هما في أن المغلَّب أيهما[١]؟

وقوله: (والأولى أن يقال: هو فيما يدور بين الراهن والمرتهن)، ليس للإشعار بترددٍ في هذه القضية، ولكن أراد أنه لا ينبغي أن نحكم بتغليب أحد الطرفين على الإطلاق، بل نفصّل التفصيل الذي ساقه.

وقوله: (وفيما بين المعير والمستعير) إلى آخره، غير مساعد عليه، بل على قول الضمان: المعير ضامن في عين ماله، والمستعير مضمون عنه، وليس ما بين المعير والمستعير عارية محضة، على ما سنبين في التفريع، إن شاء الله تعالى.

وذكر في «الوسيط»[٢] القولين مستخرجان من تردد الشافعي رضي الله عنه في إحكام المسألة، لكن الشيخ أبا حامد في آخرين نقلوهما عن الرهن الصغير منصوصين.

ثم لهما فروع كثيرة ذكر بعضها في الكتاب، فنشرحه ونضم إليه ما يتفق.

فمنها: أن على القولين جميعاً هذا التصرف جائزٌ. ويخالف ما لو باع مالَ الغير لنفسه؛ لأن البيع معاوضة؛ فلا يملك الثمنَ مَنْ لا يملك المثمن، والرهن استيثاق، والاستيثاق يحصل بما لا يملك، كما يحصل بالكفالة والإشهاد.

وعن ابن سريج: أنا إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرّف؛ لأن الرهن ينبغي أنِ يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم. فعلى هذا: يشترط في الرهن كون المرهون مِلكاً للراهن. والصحيح: الأول. والكلام في أن هذه العارية هل تلزم؟ سيأتي إن شاء الله تعالى. ثم العارية قد تلزم، كما أعار بُقْعَةً لِدَفْنِ ميتٍ ودفن فيها[٣].

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٠٥).

(٢) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٧١).

(٣) في (هـ) و(ز): (لدفن ميت وأخواتها).

ومنها: لو أذن في رهن عبده ثم رجع عنه قبل الرهن أو بعده وقبل أن يقبضه المرتهن كان له ذلك. أما على قول العارية؛ فظاهر. وأما على قول الضمان؛ فلأنه بعدُ لم يلزم. ألا ترى أن المستعير مخيَّر في فسخ الرهن قبل القبض؟ وإذا لم يلزم في حقه وهو المديون؛ فأولى أن لا يلزم في حق غيره.

وأما بعد قبض المرتهن؛ فلا رجوع على قول الضمان.

وعلى قول العارية: وجهان:

أحدهما ـ وبه قطع الشيخ أبو محمد ـ: أن له أن يرجع؛ جرياً على مقتضى العارية.

وأظهرهما ـ وبه قال القاضي ـ: لا يرجع، وإلا لم يكن لـهذا الرهن معنى، ولا يحصل به توثقٌ.

وعن صاحب «التقريب»: أنه إذا كان الدين مؤجلاً؛ ففي جواز الرجوع قبل حلول الأجل وجهان، لتأقيته الإذن بمدة، كما لو أعار للغراس[1] مدة. ومتى حكمنا بالرجوع فرجع وكان الرهن مشروطاً في بيعٍ؛ فللمرتـهن فسخ البيع إذا كان جاهلاً بالحال.

ومنها: هل للمالك إجبار الراهن على فك الرهن؟ أما من قال: له أن يرجع ويسترد المالَ متى شاء، بناءً على قول العارية؛ فلا حاجة[2] عنده إلى هذا.

وأما من لم يقل بذلك؛ قال: إن قلنا[3]: إنه عارية؛ فله إجباره على الفك، وإن

---

(١) في (هـ): (الغراس).

(٢) قوله: (فلا حاجة) سقط من (هـ).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ): (فإن قلنا).

قلنا: إنه ضمان؛ فإن كان الدينُ حالّاً؛ فكذلك؛ لاستخلاص ملكِه المشغولِ بوثيقة الرهن، ولا يخرج على الخلاف في أن الضامن هل يملك إجبار الأصيل على الأداء؛ لتبرئة ذمته بسببها[١] للشغل الذي أثبته بأداء الدين؟

وإن كان مؤجلاً؛ فليس له إجباره عليه، كمن ضمن ديناً مؤجلاً؛ لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته. ثم إذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن؛ فللمالك أن يقول: إما أن ترده إليّ أو تطالبه[٢] بالدين؛ ليؤدي؛ فينفك الرهن. كما إذا ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأَصِيل؛ للضامن أن يقول: «إما أن تطالب بحقك من التركة أو تبرئني».

وقوله في الكتاب: (لأنه معير في حقه إن كان الدين حالًّا)، هذا التعليل يقتضي القدرة على الإجبار، وسواء كان الدين حالّاً أو مؤجلاً كما عرفته، فكان الأحسن أن يقدّم ويؤخر؛ فيقول: إنه يقدر عليه إن كان الدين حالّاً؛ لأنه معير في حقه، وإن كان مؤجلاً؛ فقولان. وإيراد «الوسيط»[٣] قريب من ذلك. ثم وجه أحد القولين: بأنه معيرٌ، والثاني: بأن[٤] فيه إلزام أداء الدين قبل لزومه.

ومنها: إذا حلّ أجل الدين أو كان حالّاً؛ قال الإمام: إن قلنا: إنه ضمان؛ فلا يباع في حق المرتهن إن قدر الراهن على أداء الدين إلا بإذن مجدد، وإن كان معسراً فيُباع، وإن سَخِط المالك. وإن قلنا: إنه عارية؛ فلا يباع إلا بإذن مجدد سواء كان الراهن موسراً أو معسراً. قال: وقياس طريق القاضي حيث حكم بلزوم الرهن على قول العارية: تجويزُ

(١) في (ز): (تشبيهاً).

(٢) في (ز): (أن ترد مالي أو تطالبه).

(٣) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٤٧٢-٤٧٣).

(٤) في (هـ): (إن).

بيعهِ عند الإعسار من غير مراجعة، كما على قول الضمان[١]. وتابعه المصنفُ على ما ذكره[٢] ليعلم قوله: (إلا إذا أعسر الراهن)؛ لما حكاه على قول العارية.

ولك أن تقول: الرهن وإن صدر من المالك فإنه لا يسلط على البيع إلا بإذن جديد، فإن رجع[٣] ولم يأذن[٤]؛ فحينئذ يباع عليه ما سيأتي إن شاء الله تعالى. فإذاً المراجعة لا بُدَّ مِنها. ثم إذا لم يأذن في البيع؛ فقياس المذهب أن يقال: إن قلنا: إنه عارية؛ فيعود الوجهان في أنه هل يمكن من الرجوع[٥]؟ وإن قلنا: إنه ضمـان ولم يؤد الدينَ[٦] الراهن؛ فلا يمكَّن من الإباء[٧]، ويباع عليه معسراً كان الراهن أو موسراً، كما لو ضمن في ذمته؛ يطالب موسراً كان الأصيلُ أو معسراً.

ثم إذا اتفق بيعُه في الدين؛ نُظِر: إن بيع بقدر قيمته؛ يرجع[٨] المالك على[٩] الراهن على القولين. وإن بيع بأقل قدر ما يتغابن الناس بمثله؛ فعلى قول العارية: يرجع بتمام القيمة. وعلى قول الضمان: لا يرجع إلا بما بيع؛ لأنه لم يقض الضمان[١٠] من الدين إلا ذلك القدر.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٠٨).

(٢) في (ز): (ذكر).

(٣) في (ز): (روجع).

(٤) انتهى سقط النسخة الظاهرية، والذي تقدمت الإشارة إليه في الصفحة (٤٩٩).

(٥) في (ظ): (هل يملك الرجوع).

(٦) أخَّره بعد: (الراهن) في (ز).

(٧) في «الروضة»: (الانتفاع)، في (ظ): (الابقا).

(٨) في (ز): (رجع).

(٩) في (ز): (بها على).

(١٠) سقط من (هـ) و(ظ) و(ز).

وإن بيع بأكثر من القيمة؛ يرجع[١] بما بيع على قول الضمان، وعلى قول العارية: وجهان:

ذهب الأكثرون إلى أنه لا يرجع إلا بالقيمة؛ لأن العارية بها تضمن.

وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما بيع؛ لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن. وهذا أحسن. واختاره ابن الصباغ والإمام[٢] والقاضي الروياني[٣].

ومنها: لو تلف في يد المرتهن؛ إن قلنا: إنه عارية؛ فعلى الراهن الضمان، كما لو تلف في يده. وإن قلنا: إنه ضمان؛ فلا شيء عليه؛ لأنه لم يسقط الحق عن ذمته، ولا شيء على المرتهن بحال؛ لأنه يُمْسِكُه رَهْناً لا عاريةً. وإن تلف في يد الراهن؛ فقد أطلق في الكتاب أنه يضمن؛ لأنه مستعير. وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» بناؤه[٤] على القولين[٥]، كما لو تلف في يد المرتهن.

ولو جنى في يد المرتهن[٦] فبيع في الجناية؛ فإن قلنا: إنه عارية؛ فعلى الراهن القيمة. وقال الإمام: هذا إذا قلنا: إن العارية تضمن ضمانَ المغصوب، وإلا؛ فلا شيءَ عليه، وإن قلنا: إنه لا[٧] ضمان؛ فلا شيء عليه في هذه الصورة[٨].

---

(١) في (ز): (رجع).

(٢) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢١١).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٥١): «قلت: هذا الذي قاله القاضي هو الصواب، واختاره أيضاً الشاشي وغيره. والله أعلم».

(٤) في (هـ): (بناه).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٥٢): «قلت: المذهب: الضمان. والله أعلم».

(٦) قوله: (ولو جنى في يد المرتهن) سقط من (ظ).

(٧) قوله: (لا) سقط من (ط الفكر) و(ظ).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٤٢).

وأشار في «المختصر» إلى القولين، وإلى ترجيح قول الضمان؛ فقال رضي الله عنه: فلو أذن له في الرهن فرهنه فجنى فبيع في الجناية؛ فأشبه الأمرين؛ أنه غير ضامن.

ومنها: إذا قلنا: إنه ضمان[١]؛ وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما؛ لاختلاف أغراض الضمان[٢] بذلك. وذكر أبو علي الزجاجي: أنه أجاز في القديم السكوت عن ذكر الحلول والتأجيل. وهل يجب بيان من يرهن عنده؟ عن صاحب «التقريب»: فيه وجهان. والأصح: الوجوب. وعلى القولين: إذا عين شيئاً من ذلك: لم تجز مخالفته. ثم لو عيّن قدراً: جاز أن يرهن بما دونه. ولو زاد؛ فمنهم من قال: يبطل في الزائد، وفي المأذون قولاَ تفريق الصفقة. والصحيح: البطلان في الكل؛ للمخالفة، كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحشِ؛ لأنا[٣] نقول: يصح البيع[٤] في القدر الذي يساوي الثمن. وإذا قال المُسْتعير: «أَعِرْني لأرهنه بألفٍ»، أو: «من فلان» فأعاره؛ كان ذلك كتنفيذ[٥] المعير بنفسه على أظهر الوجهين[٦]؛ تنزيلًا للإسعاف على الالتماس[٧].

---

(١) في (ط الفكر): (ضامن).

(٢) في (ظ): (الضامن).

(٣) في (ط الفكر) و(هـ) و(ظ): (لا).

(٤) في (ز) و(هـ): (من المبيع)، وفي (ظ): (في المبيع).

(٥) في (ظ) و(ط الفكر) و(ز): (كتقييد).

(٦) قال في «الروضة» (٤/ ٥٢): «قلت: وإذا قلنا: عارية، فله أن يرهن عند الإسلام بأي جنس شاء، وبالحالّ والمؤجل. قال في «التتمة»: لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته، لأن فيه ضرراً، فإنه لا يمكنه فكّه إلا بقضاء جميع الدين. ولو أذن في حالٍّ فرهنه بمؤجل: لم يصح كعكسه، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل. والله أعلم».

(٧) يعني: كأن المعير هو الذي رضي أن يَرْهن ماله وفاءً لدين المستعير، وإسعافاً له.

ومنها: لو أعتقه المالك؛ فإن قلنا: إنه ضمان؛ فقد حكى الإمام عن القاضي: أنه ينفذ، وتوقف فيما ذكره[١]. وذكر في «التهذيب»[٢]: أنه كإعتاق المرهون. وإن قلنا: إنه عارية؛ فعن القاضي: أنه على الخلاف من[٣] إعتاق المرهون. وهذا بناءً على لزوم هذا الرهن على قول العارية. وفي «التهذيب»[٤]: أنه يصح ويكون رجوعاً، وهو بناءً على عدم اللزوم.

ومنها: لو قال مالكُ العبد: «ضمنتُ ما لفلانٍ عليك في رقبة عبدي هذا»؛ قال القاضي: يصح ذلك على قول الضمان، ويكون كالإعارة للرهن. قال الإمام: وفيه تردد من جهة أن المضمون له لم يقبل، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق بالأعيان تقريباً له من المرهون[٥]، وإن قلنا: إنه لا يعتبر في الضمان المطلق[٦] في الذمة[٧].

فرع: لو قضى المالك[٨] الدينَ من مال نفسه: انفك الرهن، ثم رجوعه على الراهن يتعلق بكون القضاء بإذن الراهن أو عدمه، وسيأتي ذلك في باب الضمان. فإن اختلفَا في الإذن؛ فالقولُ قول الراهن، ولو شهد المرتهن للمالك؛ قُبِلتْ شهادته؛ لأنه لا يَجُرُّ به نفعاً ولا يدفع به ضرراً. ولو رهن عبده بدين الغير دون إذنه: جاز، ولو بيع فيه؛ فلا رجوع له. والله أعلم.

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢١٤).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٧).

(٣) في (ز) و(هـ): (في).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٧).

(٥) في (ط الفكر): (تقريباً له بالمرهون).

(٦) في (هـ): (المتعلق).

(٧) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢١٤).

(٨) أي: المعير.

قال رحمه الله:

(الركنُ الثاني: المرهونُ به. وله ثلاثةُ شرائِط: أن يكونَ دَيناً ثابتاً لازماً. فلا يُرهنُ بعينٍ ولا بدينٍ[١] لم يَثبُت بعد، كقولِهِ: رهنتُكَ بما تقرَضه مني[٢]، أو: بالثَّمنِ الذي ألتزمُه بالشراءِ منك. ولو قال: بعتُ منكَ العبدَ بألفٍ وارتَهنتُ الثوبَ به، فقال: اشتريتُ ورهنت؛ جاز؛ على الأصحّ؛ لأن شرطَ الرَّهنِ في غيرِ[٣] البيع جائزٌ للحاجة؛ فمزجُه به أولى وآكد، ولكن ليتقدَّم (و) من الخطابَينِ والجوابَين لفظ البيع، وليتأخّر (و) لفظُ الرَّهنُ حتى يتأخرَ تمامُ الرَّهنِ عندَ تمامِ البيع).

يشترط في المرهون به[٤] ثلاثة أمور:

أحدها: أن يكون ديناً. أما الأعيان المضمونة في يد الغير، إما بحكم العقد، كالبيع، أو بحكم ضمان اليد، كالمغصوب والمستعار والمأخوذ على جهة السوم؛ فالأصح: أنه لا يجوز[٥] بها؛ لأن غرض الرهن بيع المرهون واستيفاء الحق من ثمنه عند الحاجة، ويستحيل استيفاء تلك الأعيان من ثمن المرهون.

ونقل الإمام وجهاً: أنه يجوز الرهن بها؛ بناءً على تجويز ضمان الأعيان المضمونة[٦]. والفرق على قول المذهب: أن الضمان التزامٌ في الذمة؛ فلو لم تتلف العين المضمونة لم يَجُرَّ

---

(١) قوله: (ولا بدين) سقط من (ط الفكر).

(٢) في (ز): (بما أستقرضه منك)، وفي (ز): (بما أستقرض منك).

(٣) سقط: (غير) من (ط الفكر) و(هـ).

(٤) قوله: (به) سقط من (ز) و(ط الفكر).

(٥) في (ز): (على جهة السوم فلا يصح الرهن)، في (هـ): (على جهة السوم فالأصح الرهن).

(٦) «نهاية المطلب» للجويني (٧/ ١٧).

الالتزام ضرراً، وفي الرهن دوام الحجر في المرهون يَـجُرُّ ضرراً ظاهراً. وعن مالك[١]: أن الرهن بالأعيان المضمونة جائز.

وعند أبي حنيفة[٢]: أنه يجوز بكل عين تضمن بالمثل أو القيمة.

والثاني: كونه ثابتاً. أما الذي لم يثبت بعد؛ فلا يجوز الرهن به، كما إذا رهنه بما يستقرضه منه أو بثمن ما يشتريه منه؛ لأنه وثيقة حقٍّ؛ فلا تتقدم[٣] على الحق، كالشهادة. وبهذا قال أحمد[٤]. وقال أبو حنيفة[٥] ومالك[٦]: إنه جائز.

وحكاه القاضي ابن كج وجهاً عن بعض الأصحاب إذا عين ما يستقرضه. ومنهم من قال: لو تَـرَاهَنَا بالثمن ثم لم يتفرقا حتى تبايعا: صح الرهن؛ إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقترن بالإيجاب والقبول. وعلى المذهب: لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه؛ كان مأخوذاً على جهة سوم الرهن، فإذا استقرض أو اشترى؛ لم يصر رهناً إلا بعقد[٧] جديد. نص عليه الشيخ أبو حامد وغيره. وفيه وجه: أنه يصير رَهْناً.

---

(١) يثبت الرهن في جميع الحقوق من بيع أو سلف أو غير ذلك إلا الصرف ورأس مال السلم عند مالك، انظر: «القوانين الفقهية» لابن جزي ص٢١٣، وقال مالك: «يصح أن ينقل الشيء المغصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه». انظر: «بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٣).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٩٥).

(٣) في (ز) و(هـ): (فلا تقدم).

(٤) «شرح منتهى الإرادات» (٢/ ٢٣١).

(٥) «بدائع الصنائع» (٥/ ١٤٣، ١٥٤)، فالمرهون يهلك مضموناً بالدين عند الحنفية، ويهلك أمانة عند الشافعي.

(٦) «حاشية الدسوقي» (٣/ ٢٣٢).

(٧) أي: برهن.

ولو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين؛ بأن قال: «بعتك هذا العبد بألف وارتهنت هذا الثوب به»، فقال المشتري: «اشتريت ورهنت»، أو قال: «أقرضتك هذه الدراهم وارتهنت بها عبدك»، فقال: «استقرضتها ورهنته»؛ فوجهان:

أصحهما ـ وهو ظاهر النص ـ: صحة الرهن؛ لأن شرط الرهن في البيع والقرض جائز؛ لحاجة الوثيقة، فكذلك ممتزجة[1] بهما، بل أولى؛ لأن الوثيقة هاهنا آكد؛ فإن الشرط ربما لا يفي به.

والثاني: أنه فاسد، وبه[2] قال أبو إسحاق، وهو القياس؛ لأن أحد شقي الرهن متقدم على ثبوت الدين. واحتج له بأنه لو قال لعبده: «كاتبتك على ألف درهم وبعت منك هذا الثوب بكذا»، فقال: «قبلت الكتابة والبيع»؛ لا يصح البيع. وأجيب عنه بفَرْقَيْن:

أحدهما: أن العبد لا يصير أهلاً للمعاملة مع مولاه حتى تتم الكتابة.

والثاني: أن الرهن من مصالح البيع، والبيع ليس من مصالح الكتابة.

ولو قال البائع: «ارتهنت وبعت»، وقال المشتري: «اشتريت ورهنت»: لم يصح؛ لتقدم أحدِ شقّي الرهن على أحد[3] شقي البيع. وكذا لو قال: «ارتهنت وبعت»، وقال المشتري: «رهنت واشتريت»؛ لتقدم شقي الرهن على أحد شقي البيع. وبهذا قال في الكتاب: (لكن يتقدم من[4] الخِطَابَيْنْ والجَوَابَيْنِ) إلى آخره، معناه: أن شرط الصحة تقدم خطاب البيع على خطاب الرهن، وتقدم جواب البيع على جواب الرهن. وإن شئتَ

---

(١) في (ز): (مزجه).

(٢) قوله: (وبه) سقط من (ز).

(٣) سقط من (ط الفكر) و(هـ).

(٤) سقط من (ط الفكر) و(ز).

قلتَ: الشرط: أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع، والآخر بعد شقي البيع.

ولو قال: «بعني عبدك بكذا ورهنت به هذا الثوب»، فقال البائع: «بعت وارتهنت»؛ فيبنى على الخلاف في مسألة الاستيجاب والإيجاب. ولو قال البائع: «بعتك بكذا[١] على أن ترهنني دارَك به»، فقال المشتري: «اشتريت ورهنت»؛ فوجهان. قال بعضهم: يتم العقد بما جرى. وذكر في «التتمة»: أنه ظاهر النص. وقال القاضي: لا يصح[٢]، بل يشترط أن يقول بَعده: «ارتـهنت» أو: «قبلت»؛ لأن الذي[٣] وجد منه إنما هو[٤] شرط إيجاب الرهن لا استيجابه. كما لو قال: «افعل كذا لتبيعني»؛ لا يكون مستوجباً للبيع. وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»[٥].

والأَوْلَى أن يقول: الصورة المشبه بها لا تناظر هذه؛ لأنه لم يصرح في تلك الصورة بالالتماس، وإنما أخبر عن السبب الداعي له إلى ذلك الفعل؛ وهو الرغبة في البيع، وهاهنا باع وشرط عليه الرهن وهو مشتمل على الالتماس أو أبلغ منه. ألا ترى أن أبا العباس الروياني حكى في «الجرجانيات» وَجْهاً: أن شرط الرهن في البيع يغني عن استئناف رهنٍ بعد البيع؟ ويكون الشرط[٦] بمنزلة الإيجاب والقبول.

ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (وليتقدم وليتأخر)، بالواو؛ للوجه المنقول عن رواية ابن كج، وللوجه القائل[٧] بوقوع البيع في مجلس الرهن.

---

(١) في (ز): (كذا).
(٢) في (هـ): (لا يتم).
(٣) في (ز): (هذا الذي).
(٤) قوله: (إنما هو) سقط من (ط الفكر) و(ز).
(٥) «التهذيب» للبغوي (٤/ ١٤-١٨-١٩).
(٦) في (ز) و(هـ): (التشارط).
(٧) في (ز) و(هـ): (المكتفي).

قال:

(وكلُّ دينٍ لا مصيرَ له إلى اللُّزوم، كنجومِ الكتابة؛ لا يصحُّ الرَّهنُ به. وما هو لازمٌ أو مصيرُه إلى اللُّزوم[١]، كالثَّمنِ في مدّةِ الخيار؛ جازَ الرَّهنُ به[٢]. وما أصلُه على الجوازِ لكن قد يصيرُ إلى اللُّزوم، كالجَعلِ في الجعالة؛ فيه وجهان. والأصحّ: المنع؛ لأن سببَ وجودِه[٣] لم يتمَّ قبلَ العمل، فكأنه غيرُ ثابت).

الأمر الثالث: كونه لازماً، والديون الثابتة ضربان:

أحدهما: ما[٤] لا مَصيرَ له إلى اللزوم بحالٍ كنجوم الكتابة؛ فلا يصح الرهن به؛ لأن الرهن للتوثيق والمكاتَب بسبيل من إسقاط النجوم متى شاء؛ فلا معنى لتوثيقها.

وعند أبي حنيفة[٥]: يصح الرهن بها.

والثاني: غيرُه، وهو[٦] إما لازم في حال الرهن أو غيره.

والأول: يصح الرهن به[٧] سواء كان موصوفاً[٨] بحالة الجواز أو لم يكن،

---

(١) في (هـ): (إليه).

(٢) من قوله: (وما هو لازم) إلى هنا سقط من (ز).

(٣) في (ز) و(هـ): (وجوبه).

(٤) سقط: (ما) من (ز).

(٥) قال أبو حنيفة رحمه الله: «لا يجوز رهن المكاتب والمدبر وأم الولد والحر، ويصح الرهن بعين مضمونة بنفسها بالمثل أو بالقيمة، كالمغصوب وبدل الخلع».
انظر: «رد المحتار مع الدر المختار» (٥/ ٣١٧-٣١٨).

(٦) سقط من (هـ).

(٧) سقط: (به) من (هـ).

(٨) في (ز) و(هـ): (مسبوقاً).

وسواء كان مستقرّاً، كالقرض وأرش الجناية أو[١] ثمن المبيع المقبوض، أو غير مستقر، كالثمن قبل قبض المبيع والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول.

وأما **الثاني**؛ فينظر: إن كان الأصل في وضعِه[٢] اللزوم، كالثمن في مدة الخيار: صح الرهن به أيضاً؛ لقرب حاله من اللزوم، وأيضاً: فإن شرط الرهن في البيع جائز مع أن الثمن غير ثابت بعدُ، فهاهنا أولى.

قال الإمام: وهذا يتفرع[٣] على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع، فأما إذا جعلناه مانعاً؛ فالظاهر منع الرهن؛ لوقوعه قبل ثبوت الدين، ولا شكّ في أنه لا يباع المرهون في الثمن ما لم تَمْضِ مدة الخيار. وإن كان الأصل في وضعِه[٤] الجواز، كالجعل في الجعالة؛ فوجهان:

أحدهما: يَصح الرهن به؛ لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن في مدة الخيار.

وأصحهما: المنع؛ لأن الموجب للجعل هو العمل، وبه[٥] يتم الموجب، فكأنه لا ثبوت له قبل العمل، وموضع الوجهين ما بعد الشروع في العمل وقبل تمامه. أما التقييد[٦] بها[٧] بعد الشروع؛ فلأنه لا ثبوت للجعل قبل الشروع بحال، وكيف يتخيل ذلك وليس ثَم مستحق معين[٨]؟ وأما التقييد بها قبل التمام؛ فلأن الجعل بعده

(١) في (هـ): (و).

(٢) في (ط الفكر): (وَصْفِه).

(٣) في (هـ) و(ز): (مفرع).

(٤) في (ط الفكر): (وَصْفِه)، وفي (ز): (منعه).

(٥) في (هـ): (أو به).

(٦) في (ز): (تقييده).

(٧) سقط: (بها) من (هـ).

(٨) قال في «الروضة» (٤/ ٥٥): «قلت: هذا الذي جزم به الإمام الرافعي هو الصواب. لكن ظاهر كلام =

لازم[1]. ثم لِبَانٍ أن يبني الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في العمل، ويقول: إن لم نجوز الرجوع؛ فقد لزم الجعل من قبله؛ فيصح الرهن به، فإن جوزناه[2]: لم يصح الرهن به.

والرهن بعوض المسابقة يبنى على أنها إجارة أو جَعالة؟ إن قلنا بالأول؛ فالرهن به كالرهن بالأجرة. وإن قلنا بالثاني؛ فهو كالرهن بالجَعْلِ.

فرع: يجوز الرهن بالمنافع المستحَقة بالإجارة إن وردت على الذمة، وتباع[3] عند الحاجة وتحصل المنفعة من ثمنه، وإن كانت إجارة عين: لم يجز؛ لفوات الشرط الأول.

فرع آخر: لا يجوز رهن المُلّاكِ بالزكاة، ولا[4] العاقلةِ بالدية قبل تمام الحول؛ لفوات الشرط الثاني، ويجوز بعده.

واعلم أن التوثيق بالرهن والضمان شديد التقارب؛ فما يـجوز الرهن به يجوز ضمانه وبالعكس، إلا أن ضمان العُهْدة[5] جائزٌ، ولا يجوز الرهن بها، هذا ظاهر المذهب، والفرق مَا مَرَّ.

ومنهم من سوَّى بينهما في العهدة أيضاً، ووَفَّى بتمام التلازم؛ أما في طرف

= كثيرين من الأصحاب أو أكثرهم إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل، لا سيما عبارة «الوسيط» وتعليله. والله أعلم». وفي (هـ): (متعين).

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٧٣-٧٤).

(٢) سقط من (ط الفكر).

(٣) أي: يباع المرهون.

(٤) سقط: (لا) في (ز) و(هـ).

(٥) ضمان العهدة: كأن يقول الضامن: «فقد ضمنتُ لك الثمن». انظر: «حاشية الروض المربع» لعبد الرحمن النجدي (٥/ ١٠٥).

أقول: ويسمى ضمان الدَّرك أيضاً، وهو أن يشتري الرجلُ سلعةً فيضمن رجلٌ للمشتري ثمنها الذي دفعه إلى البائع إنْ خرجت مستحقة. «تهذيب الأسماء واللغات» (٤/ ٤٩). (م ع).

الإثبات؛ فعن القفال وجه: أنه يجوز الرهن بها[1]، كالضمان، وأما في طرف النفي؛ فسيأتي في باب الضمان، إن شاء الله تعالى.

قال:

(ولا يُشترطُ في الدَّينِ أن لا يكونَ به رهن، بل تجوزُ الزِّيادةُ في قدرِ المَرهونِ بدَينٍ واحد، وفي الزِّيادةِ في الدَّين على مرهونٍ واحدٍ قولان، واختيارُ المزنيِّ جوازُه (ح)[2]).

ليس من شرط الدَّينِ[3] أن لا يكون به رهنٌ، بل يجوز أن يرهن بالدَّيْن الواحد رهناً بعد رهن، ثم هو كما لو رهنهما معاً. ولو كان الشيء مرهوناً بعشرة وأقرضه عشرة أخرى على أن يكون مرهوناً بها أيضاً؛ فقولان:

القديم ـ وبه قال مالك[4] والمزني ـ: أنه جائز، كما تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد.

والجديد ـ وبه قال أبو حنيفة[5] ـ: أنه لا يجوز، كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن.

---

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٥٦): «قلت: كذا قال الشيخ أبو حامد في «التعليق» والغزالي في «الوسيط»: ما صح ضمانه صح الرهن به، إلا في مسألة العهدة. ويستثنى أيضاً: أن ضمان رد الأعيان المضمونة صحيح على المذهب بها، باطل على الصحيح. وممن استثناها: الغزالي في «البسيط». والله أعلم».

(٢) وسيأتي قريباً أن الإعلام بالحاء فيه نظر، لأن أبا حنيفة رحمه الله قال بجوازه.

(٣) في (ز) و(هـ): (الدين المرهون به).

(٤) «بداية المجتهد» (٢/ ٢٧٣).

(٥) قال في «الدر المختار» (٥/ ٣٢٠-٣٢١): «رهن رجل عيناً عند رجلين بدين لكل منهما: صح. وكله رهن من كل منهما... وإن رهنا رجلاً رهناً واحداً بدين عليهما: صح بكل الدين، ويمسكه إلى استيفاء كل الدين، إذ لا شيوع».

أقول: الذي يظهر لي أن هذا النقل ليس في محل الشاهد. (م ع).

وإن وفَّى بالدينين جميعاً؛ فإن أراد توثيقهما؛ فليفسخا وليستأنفا رهناً بالعشرين. ويفارق الزيادة في الرهن بدين واحد؛ لأن الدين شَغَلَ[1] الرهن، ولا ينعكس؛ فالزيادة في الرهن شغلُ فارغٍ والزيادة في الدين شغلُ مشغولٍ. ونقل القاضي ابن كج وغيره: أن له في الجديد قولاً آخر كالقديم، وسواء كان كذلك أم لا؛ فالأصح: المنع.

ولو جنى العَبْد المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن على أن يكون العبد مرهوناً بالفداء والدين الأول؛ نص في «المختصر» على جوازه. وللأصحاب طريقان:

أظهرهما: القطع بالجواز؛ لأنه من مصالح الرهن من حيث إنه يتضمن استيفاءه.

والثاني: أنه على القولين. وبناهما بانون على أن المشرف على الزوال إذا اسْتُدْرِكَ وَصِينَ عن الزوال؛ يكون استدراكه كإزالته وإعادته أو هو محض استدامة؟ وفيه خلاف. إن قلنا بالأول؛ فكأنهما فكّا الرهن واستأنفا. وإن قلنا بالثاني؛ ففيه القولان. وعلى هذا الأصل خرجوا الخلاف فيما إذا كان على الشجرة ثمرة غير مؤبرة فباعها واستثنى الثمار لنفسه؛ هل يحتاج إلى شرط القطع؟ وقد سبق.

ولو اعترف الراهن بأن المرهون مرهون بعشرين ثم ادعى أنه رهن أولاً بعشرة ثم رهن بعشرة أخرى ونازعه المرتهن؛ فإن فرّعنا على القديم؛ فلا ثمرة لهذا الاختلاف، وإن قلنا بالجديد؛ فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن اعتراف الراهن يُقَوّي جانبَه ظاهراً. ولو قال المرتهن في جوابه: «فسخنا الرهن الأول واستأنفنا بالعشرين رهناً»؛ فالقول قول المرتهن؛ لاعتضاد جانبه بإقرار صاحبه، أو قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الفسخ؟ فيه وجهان. ميل الصيدلاني إلى أولهما. والأصح عند صاحب «التهذيب»[2] الثاني. ورتّب عليه فقال: لو شهد شاهدان أنه رهن بألف؛ ثم بألفين فلا يحكم أنه رهن

(١) في (هـ): (يشغل).

(٢) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٧٢).

بألفين ما لم يصرح الشهودُ بأن الثاني كان بعد فسخ الأول.

ولو رهنه[١] بعشرة ثم استقرض عشرة أخرى؛ ليكون رهناً بهما، وأشهد شاهدين أنه رهن[٢] بالعشرين؛ فإن لم يعلم الشاهدان كيفية الحال شهدا[٣] بما سمعا، وحكم الحاكم بأنه مرهون بالعشرين، نعم، لو قال عند الأشهاد: «كان مرهوناً بعشرة فجعلته رهناً بعشرين»، ونقل الشاهدان[٤] ما سمعاه؛ فهل يحكم بكونه رهناً بالعشرين إذا كان الحاكم ممن يذهب إلى القول الجديد؟ حكى الإمام عن صاحب «التقريب» فيه وجهين. وإن عرفا كيفية الحال؛ نُظر: إن كانا يعتقدان جواز الإلحاق؛ فهل لهما أن يشهدا بأنه مرهون بالعشرين، أو يشهدا بما عليه الأمر في الباطن؟ فيه وجهان[٥].

وإن كانا[٦] يعتقدان امتناع الإلحاق؛ لم يشهدا إلا بما جرى في الباطن. وفيه شيء بعيد. وهذا التفصيل فيما إذا كانا يشهدان على نفس الرهن، وفيه صوَّر الجمهور. أما إذا كَانَا يشهدان على إقرار الراهن؛ فالوجه تَجْوِيزُه مطلقاً[٧].

* * *

---

(١) في (ز): (رهن).

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (مرهون).

(٣) في (هـ): (ونقل الشاهدان).

(٤) من قوله: (بما سمعا) إلى هنا سقط من (هـ).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٥٧): «قلت: أصحهما: لا يجوز، لأن الاجتهاد إلى الحاكم لا إليهما. والله أعلم».

(٦) في (ز): (كان).

(٧) قال في «الروضة» (٤/ ٥٧): «قلت: كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل. وقال صاحب «الحاوي»: إن كان الشاهدان مجتهدين، ففيه التفصيل. وإن كانا غير مجتهدين: لم يجز مطلقاً، ولزمهما شرح الحال. ولو مات وعليه دين مستغرق فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضاً، ففي صحته الوجهان، بناءً على القولين. والله أعلم».

قال رحمه الله:

(الركنُ الثالث: الصِّيغة، ولا يَخفى اشتراطُ الإيجابِ والقَبولِ (و) فيه. وكلُّ شرطٍ قُرِنَ به مما يوافقُ مُقتضى مطلَقه، أو لا يتعلَّقُ به غرضٌ أصلاً؛ فلا يقدَح، وما يغيِّـرُ بموجبِه كشرطِ المنعِ من بيعِه في حقِّه؛ فهو مفسِدٌ، وما لا يُغيّرُ مطلقَه ولكن يتعلَّقُ به غرض؛ كقولِه بشرطِ أن ينتفعَ[1] به المرتهَن؛ فقولانِ[2] في فسادِ الرَّهن).

الإيجاب والقبول معتبران في الرهن، اعتبارَهما في البيع. والخلاف المذكور ثَمَّ في المعاطاة والاستيجاب والإيجاب عائدٌ بِرُمّتِه[3] هاهنا.

ثم اعلم أن الرهن ينقسم إلى ما شرط في عقدٍ، كما لو باع أو آجَر بشرط الرهن بالثمن أو الأجرة، أو أسلم بشرط الرهن بالمسلم فيه، أو نكح بشرط الرهن بالصداق[4]؛ وإلى ما لا[5] يشترط، ويسمى رهن التبرع، والرهن المبتدأ.

وفي القسم الأول: إذا قال: «بعتك داري بكذا على أن ترهنني به عبدك»، فقال: «اشتريت ورهنت»؛ فقد قدمنا خلافاً في أنه يتم الرهن أم لا بد أن يقول بعده: «ارتهنت»؟ فعلى الأول: يقوم الشرط مقام القبول كما يقوم الاستيجاب مقامه.

---

(١) في (ز): (غرض كشرط البراءة بشرط كقوله أن ينتفع).

(٢) في (ط الفكر) و(هـ): (القولان).

(٣) يقال: أخذتُ الشيءَ برُمَّتِه، أي: بجملته، وأخذته كلَّه. انظر: «لسان العرب»، مادة: رمم.

(٤) في (ز): (في الصداق).

(٥) في (ز): (ما لم)، وفي (هـ): (ما).

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (اشتراط الإيجاب والقبول)، بالواو؛ للخلاف المذكور في المعاطاة، ولِما حكيناه عن «الجرجانيات»[١]: أن التشارط يُغْني عن الإيجاب والقبول.

ثم يتعلق بالصيغة مسائل يشتمل الفصل على واحدة منها؛ وهي: أن الشروط في الرهن على ضربين:

أحدهما: ما هو من قضايا الرهن، فلا يضر التعرض له لا في رهن التبرع ولا في الرهن المشروط في العقد، وإنما هو تصريح بمقتضى الرهن؛ وذلك كقوله: «على أن يباع في دينك وقت[٢] الحاجة» أو[٣]: «يتقدم به عند تزاحم الغرماء»، أوْ[٤]: «لا أبيعه إلا بإذنك».

والثاني: ما ليس من قضاياه[٥]، وهو[٦] الذي يتعلق بمصلحة العقد، كالإشهاد، أو الذي لا يتعلق به غرض، كقوله: «بشرط أن لا يأكل إلا الهَرِيسَة»، والحكم فيها على ما سبق في البيع.

وأما غيرهما؛ فهو على نوعين:

أحدهما: ما ينفع المرتهن ويضر الراهن، كما إذا رهن عبداً بشرط[٧] أن يرهن منه

---

(١) هو كتاب لأبي العباس الروياني.

(٢) في (ز) و(هـ): (عند).

(٣) في (هـ): (و).

(٤) في (هـ): (ولا).

(٥) أي: شرط لا يقتضيه الرهن.

(٦) في (ز): (وهو إما)، في (هـ): (وإنما هو).

(٧) سقط من (هـ).

غيره، أو بشرط أن لا ينفك الرهن بعد أداء الدين شهراً، أو[1] يكون منافعُ المرهون أو زوائدُه مملوكةً للمرتهن: فالشرط فاسد.

ثُمَّ إن كان الرهن رهنَ تبرعٍ؛ فقولان:

أصحهما: أنه فاسدٌ أيضاً؛ لما فيه من تغيير قضية العقد.

والثاني ـ وبه قال أبو حنيفة[2] ـ: أنه لا يفسد؛ لأن الرهن تبرعٌ من الراهن، وهذا الشرط فيه تبرع آخر، وأحد التبرعَيْن لا يبطل ببطلان الثاني، كما لو أقرضه الصحاح بشرط رد المكسّرة: يلغو الشرط ويصح القرض.

وإن كان الرهن مشروطاً في بيع؛ نُظر: إن لم يَجُرَّ[3] الشرطُ جهالةَ الثمن، كما إذا شرط في البيع رهناً على أنه يبقى محبوساً عنده بعد أداء الثمن شهراً؛ ففي فساد[4] الرهن القولان في رهن التبرع. فإن فسد؛ ففي فساد البيع القولان، في أن الرهن وسائرَ العقود المستقلة إذا شرطت في البيع على نعتِ الفساد هل تُفْسِد البيع؟ وقد ذكرناهما في باب البياعات المنهي عنها. فإن قلنا بصحة البيع؛ فللبائع الخيار صح الرهن أو فسد؛ لأنه إن صح: لا يسلم له الشرط، وإن لم يصح: فلا يسلم له أصل الرهن، ولو جَرَّ[5] الشرط جهالة الثمن، كما إذا شرط في البيع رهناً، وشرط أن يكون منافعه وزوائده للمرتهن: فالبيع باطل؛ لأن المشروط استحقاقه يعتبر جزءاً[6] من الثمن وهو مجهول. وإذا بطل البيع؛ بطل الرهن والشرط لا محالة. هذا ما نقله الربيع واتفق عليه الجماهير.

---

(١) في (هـ): (و).

(٢) «مجمع الأنهر» (٢/ ٥٩٠).

(٣) في (ط الفكر): (لم يجز).

(٤) في (ط الفكر) و(ز): (إفساد).

(٥) في (ط الفكر): (جاز).

(٦) في (ز): (أجزاء).

ووراءه كلامان:

أحدهما: نقل المزني في المسألة: أن للبائع الخيار في فسخ البيع وإثباته. وحَسِبْتُ أنه ذهب إلى تصحيح العقد إذا حُذِف منه الشرطُ الفاسدُ، واعترض عليه بأنه خلاف أصله في أن الفاسد لا خيار فيه. والأصحاب خطَّؤُوه في نقله وحُسْبَانِه.

والثاني: أن القاضي ابن كج حكى طريقة أخرى في أن في فساد الرهن قولين، وإن فسد ففي فساد؛ البيع قولان، كما سبق.

وكلام ثالث حسن استدركه أصحابنا[1] العراقيون؛ وهو: أن الحكم بالبطلان فيما إذا أطلق، وقال: «بعتك هذا العبد بألف لترهن به دارك، وتكون منفعتها لي»، فأما إذا قيد وقال: «تكون منفعتها لي سنة أو شهراً»؛ فهذا جمع بين البيع والإجارة في صفقةٍ واحدة، وقد سبق حكمه.

النوع الثاني: ما ينفع الراهنَ ويضر المرتهن، كما لو قال: «رهنتك بشرط أن لا تبيعه عند المحل»، أو: «لا تبيعه بعد المحل إلا إذا مضى شهرٌ»، أو: «إلا بما أرضى»، أو: «بأكثر من ثمن المثل»؛ فهو فاسد مفسد للرهن. وفي كتاب القاضي ابن كج: أن ابن خيران قال: يجيء في إفساد الرهن القولان المذكوران في النوع الأول. وهو غريب.

والفرق على المذهب: أن ما ينفع المرتهن يزيد في الوثيقة، ويؤكد ما وضِع العقدُ له وما يضره يخل به. فإن كان الرهن مشروطاً في بيع: عاد القولان في فسادِه بفساد الرهن المشروط، فإن لم يفسده؛ فللبائع الخيار.

---

(١) في (ز): (الأصحاب).

قال:

(وإذا قال: رهنتُك الأشجارَ بشرطِ أن تَحدثَ الثمارُ مرهونةً؛ ففي صحّةِ الشَّرطِ قَولان. ولو شُرِطَ عليه رهنٌ في بيعٍ فاسِد، فظنَّ لزومَ الوفاءِ به فرَهَن؛ فله (و) الرُّجوعُ عنه، كما لو ظنَّ أن عليه ديناً فأداه ثم تبيَّـنَ خلافُه).

في الفصل مسألتان:

الأولى: زوائد المرهون غير مرهونة عند إطلاق الرهن، كما سيأتي، لكن لو رَهَنَ الشجرةَ بشرط أن تحدث الثمرةُ مرهونةً، أو الشاة بشرط أن يحدث النتاج مرهوناً؛ فقوَلان. قال في القديم: والرهن اللطيف يصح [معه] الشرطُ ويتعدَّى الرهن إلى الزوائد؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لا يسري إلى الزوائد؛ لضعفه، فإذا قوي بالشرط سرى. وقال في «الأم»: لا يصح[1]. وهو الأصح؛ لأنها معدومة ومجهولة؛ فلا يصح الرهن فيها. ومنهم من قطع بهذا، وأوّل الأولَ، حكاه القاضي ابن كج، رحمه الله.

التفريع:

إن صححناه؛ ففي إكساب[2] العبد إذا شرط كونه مرهوناً وجهان للشيخ أبي محمد. والأظهر: المنع؛ لأنها ليست من أجزاء الأصل. وإن أفسدناه؛ ففي صحة الرهن خلاف له مخرجان:

أحدهما: القولان في فساد الرهن؛ لفساد الشرط الذي ينفع المرتهن.

---

(١) «الأم» للشافعي (٣/ ١٥٢-١٥٣).

(٢) في (ط الفكر): (الاكتساب)، وهو محرف.

وثانيهما: أنه جَمَعَ في هذا الرهن بين معلوم ومجهول؛ فيجيء فيه الخلاف الذي في تفريق الصفقة[١]، فإن كان الرهن بهذا الشرط مشروطاً في بيع؛ فإن صححنا الشرط أو أفسدناه وصححنا الرهن؛ صح البيع وللبائع الخيار، وإلا؛ ففي البيع القولان في أن إفساد الرهن المشروط في البيع هل يفسد البيع؟

وإذا اختصرتَ؛ قلتَ: في المسألة أربعة أقوال؛ صحة الشرط والرهن والبيع، وصحة البيع دونهما، وصحتهما دون الشرط، وبطلان الكل[٢]. ولو رهن وشرط كون المنافع مرهونةً؛ فالشرط باطل، ولا يجري فيها القولان المذكوران في الزوائد.

فرع: لو أقرض بشرط أن يرهن به شيئاً وتكون منافعه مملوكة للمقرض؛ فالقرض فاسد، لأنه جر منفعة، وإذا بطل بطل الرهن. وإن شرط كون المنافع مرهونة أيضاً؛ فالشرط فاسد والقرض صحيح؛ لأنه لا يجر[٣] منفعة، وفي صحة الرهن القولان.

المسألة الثانية: لو قال: «أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به وبالألف الذي لي عليك كذا»، أو: «بذلك الألف وَحْدَهُ»؛ فالقرض فاسدٌ على ما مرّ في بابه.

ولو قال المستقرض: «أقرضني ألفاً على أن أرهن به، وبالألف القديم الذي لك عليّ كذا[٤]»، أو: «بذلك الألف كذا»؛ فقد نقل الإمام فيه تردداً[٥]؛ بناءً على أن القبول

---

(١) في (ز) و(هـ): (فيه خلاف تفريق الصفقة).

(٢) قال في «الروضة» (٤/ ٥٩): «قلت: هذا الرابع ـ وهو الثالث بترتيب الرافعي، أي: صحة البيع والرهن دون الشرط ـ هو المنصوص، كذا قال في «الشامل». والله أعلم».

(٣) في (ز): (لا يجز به).

(٤) قوله: (الذي لك عليّ كذا) سقط من (ز) و(هـ).

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٧٨).

من المستقرض غير معتبر. والأصح: اعتباره، والتسوية بين أن يصدر الشرط من المقرض ويقبله المستقرض وبين عكسه. وكذا لو باع بشرط أن يرهن بالثمن والدين القديم، أو بذلك الدين رهناً؛ فالبيع باطل، كما تقدم.

إذا تذكرتَ ذلك: فلو رهن المستقرض أو المشتري كما شرط؛ لم يَخْلُ: إما أن يعلم فساد ما شرط أو يظن صحته؛ فإن عُلِمَ الفساد؛ فيُنظَر: إن رهن بالألف القديم: صح، وإن رهن بهما: لم يصح بالألف الذي فسد قرضه؛ لأنه لم يملكه، وإنما هو مضمون في يده للمقرض[1].

والأعيان لا يرهن بها، وفي صحته بالألف[2] القديم قولا تفريقِ الصفقة، فإن صح: لم يوزع، بل كان الكل مرهوناً بالألف القديم؛ لأن وضع الرهن على توثيق كل بعض من أبعاض الدين بجميع المرهون. ولو تلف الألف الذي فسد القرض فيه في يده[3] صار ديناً في ذمته، وصح الرهن بالألفين حينئذ. وأما عند ظن الصحة؛ فإذا رهن بالألف القديم؛ فعن القاضي أنه لا يصح الرهن، كما لو أدى ألفاً على ظن أنه عليه فتبين[4] خلافه؛ له الاستردادُ ويتبين بطلان الأداء. وعن الشيخ أبي محمد وغيره صحته[5]، بخلاف صورة الاستشهاد؛ لأن أداء الدين يستدعي سبق ثبوته، وصحة الرهن لا تستدعي سبق الشرط.

ولو رهن بالألفين وقلنا: إن الصفقة تُفرَّق؛ فصحته بالألف القديم على هذا

---

(١) في (هـ): (للمقترض).

(٢) أي: في الألف.

(٣) في «الروضة»: (فسدَ قبضه في يده).

(٤) في (ز) و(هـ): (ثم تبين).

(٥) قال في «الروضة» (٤/ ٦٠): «قلت: قول الشيخ أبي محمد هو الأصح. واختاره الإمام والغزالي في «البسيط»، وزيَّف الإمام قول القاضي. والله أعلم».

الخلاف. وكذا لو باع بشرط بيع آخر، فأنشأ البيعَ الثاني ظانّاً صحةَ الشرط[١]، وقد ذكرنا هذه الصورة في موضعها، وهذه الصورة[٢] والخلاف فيها تشبه بها إذا باع مال أبيه على ظن أنه حيّ فكان[٣] ميتاً[٤]؛ على رأيٍ بجعل ظنه مانعاً صحة الإقدام؛ لأنه ربما لم يبع لو عرف حقيقة الحال.

وقوله في الكتاب: (ولو شرط عليه رهنٌ في بيع فاسد)، أراد به صورة خلاف الشيخ والقاضي على ما بينه في «الوسيط»[٥]، لكنه اقتصر هاهنا على جواب القاضي، والمعنى: شُرِط عليه رهنٌ في بيع فاسد بدين قديم.

وقوله: (فظن لزوم الوفاء به)، ليس المراد اللزوم الذي يفيد الإجبار؛ فإن الرهن المشروط لا يجبر عليه بحال، ولكن المراد صحة الشرط ولوازمها.

وقوله: (فله الرجوع)، يشعر بالصحة وتفويض الأمر فيه إلى خِيَرَةِ الراهن. وهذا الظاهر غير معمول به، بل أحد القائلين يلغيه. والثاني يجعل سبيله سبيل سائر الرهون حتى يلزم ولا يتمكن الراهن من الرجوع عنه.

* * *

(١) في «الروضة»: (العقد).

(٢) في (هـ): (فلهذه الصور).

(٣) في (هـ): (وكان).

(٤) في (ز) و(هـ): (ميتاً كانا).

(٥) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٥٠٩).

قال:

(ولو قال: رهنتُك الأرض؛ ففي اندراجِ الأشجارِ تحتَه، وكذا في (و) اندراج الأُسِّ تحتَ الجدار، وفي اندراجِ المغرسِ[١] تحتَ الشَّجرةِ[٢] قولان (و)، وكذا في الثِّمارِ غيرِ المؤبَّرة، (و) وفي الجنينِ واللَّبنِ في الضَّرعِ خلافٌ، وكذا في الصُّوفِ المستَجِزّ على ظهرِ الحيوان. وفي الأغصانِ الخلاف، ووجهُ[٣] الإخراجِ من اللَّفظ: ضعفُ الرَّهنِ عن الاستتباع).

نظر الفصل في جملةٍ من الألفاظِ المطلقة[٤] في المرهون، تمس الحاجة إلى البحث عما يدخل فيها ويخرج، وحاصله صور:

إحداها: في اندراج الأبنية والأشجار التي في الأرض تحت رهن الأرض مطلقاً الخلافُ الذي ذكرناه في البيع.

الثانية: في دخول المغرس[٥] تحت رهن الشجر خلافٌ مرتَّبٌ على الخلاف في البيع، والرهنُ أولى بالمنع؛ لضعفه، وفي معناه: دخول الأسّ تحت الجدار.

ولا تدخل[٦] الثمرة المؤبرة تحت رهن الشجرة بحال. وفي غير المؤبرة قولان، وقال في «الوسيط»: وجهان:

أحدهما: تدخل، كما في البيع.

---

(١) في (ز): (الغرس).

(٢) من قوله: (وكذا في) إلى هنا سقط من (هـ).

(٣) في (هـ): (الحيوان. أغصان الخلاف خلاف ووجه).

(٤) في (هـ): (و).

(٥) في (ز): (الأرض)، وفي (هـ): (الغرس).

(٦) في (هـ) و(ط الفكر): (وتدخل).

وأصحهما: أنها لا تدخل؛ لأن الثمار الحادثة بعد استقرار العقد لا يثبت فيها حكمُ الرهن؛ فالموجودة عند العقد أولى؛ وبهذا يفارق البيع[١]. ومنهم من قَطَعَ بعدم الدخول ونَفَى الخلافَ.

وعن أبي حنيفة[٢]: تدخل الثمار في الرهن بكل حالٍ؛ بناءً على أن رهن الشجرة دون الثمرة لا يصح.

ويجوز أن يعلم قوله: (وكذا في الثمار غير المؤبرة)، بالواو؛ للطريقة المذكورة، بل يجوز إعلام قوله: (قولان)، بالواو أيضاً؛ لأن منهم من نَفَى الخلاف في المسائل كلها. أما في اندراج الأشجار تحت رهن الأرض؛ فقد سبق في البيع. وأما في الأس والمغرس[٣]؛ فللطريقة[٤] المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف في البيع، وقد صرح بنقلها المتولي.

ولا يدخل البناء[٥] بين الأشجار تحت رهن الأشجار إن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع، وإن لم ينتفع به إلا بتبعية الأشجار؛ فكذلك على أشهر الطريقين.

وعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي محمد: أنه على الوجهين في المغارس.

ويدخل في رهن الأشجار: الأغصان والأوراق، نعم التي تُفْصَلُ[٦] غالباً، كأغصان الخِلاف[٧]، وورق الآس والفِرْصَاد[٨]؛ فيها القولان المذكُورَان في الثمار التي لم تُؤَبَّـرْ.

---

(١) «الوسيط» للغزالي (٣/ ٥١٣).

(٢) «الدر المختار» (٥/ ٣١٧).

(٣) في (هـ): (الغرس).

(٤) في (هـ): (فالطريقة).

(٥) في (ط الفكر) و(ز): (البياض).

(٦) في (ز): (الذي يفصل).

(٧) الخِلَاف، وزان كِتَاب: شَجَرُ الصَّفْصَافِ. الواحدة: خِلافَةٌ. «المصباح المنير»، مادة: خلف.

(٨) وهي شجرة التوت. «المصباح المنير»، مادة: فرص.

الثالثة: في اندراج الجنين تحت رهن الحيوان الحامل خلافٌ نعود لشرحه بعد، والغرضُ مِنْ ذكره[1] هاهنا التنبيه على تقارب مأخذ الخلاف فيه. والخلاف في الثمار غير المؤبرة، وأحد الخلافين مرتب على الآخر. والجنين أَوْلَى بالاندراج؛ لأنه لا يقبل التصرف على الانفراد؛ فبالأحرى أن يكون تبعاً.

وفي اللبن في الضرع طريقان: عن أبي الحسين: القطعُ بأنه لا يدخل، والمشهور: أنه على الخلاف، ثم هو عند بَعْضهم في مرتبة الجنين، وعند آخرين في مرتبة الثمار؛ لتيقن[2] وجوده. وسواء أثبت الخلاف أم لا، فالظاهر أنه لا يدخل[3] في الرهن، وهو الذي أورده في «التهذيب»[4].

وفي الصوف على ظهر الحيوان طريقان:

أحدهما: القطع بدخوله؛ إلحاقاً بالأجزاء والأعضاء. نقله في «التتمة».

وأظهرهما: أنه على قولين:

أحدهما: الدخول، كالأعضاء والأوراق، في رهن[5] الشجر.

وأصحهما: المنع، كما في الثمار؛ لأن العادة فيه الجز. ونَقَلَ بعضُهم بدل القولين وجهين.

وزاد وجهاً ثالثاً؛ وهو: الفرق بين الصوفِ القصيرِ الذي لا يعتاد جزّه وبين المنتهي إلى حدٍّ يجز. والمستجِزّ، بكسر الجيم: البالغُ أَوانَ الجَـزِّ.

---

(١) قوله: (من ذكره) سقط من (هـ).

(٢) في (هـ): (لعين).

(٣) في (هـ): (لا يثبت).

(٤) «التهذيب» للبغوي (٤/ ٧٧).

(٥) سقط من (ط الفكر).

وقوله: (ووجه الإخراج من اللفظ ضعف الرهن عن الاستتباع)، أي: في كل صورة فارقَ الرهنُ فيها البيعَ.

فروع[١]:

لو قال: «رهنتك هذا الحقَّ بما فيه»، أو: «هذه الخريطة بما فيها»، وما فيها معلومٌ مرئِيٌّ: صح الرهن في الظرف والمظروف، وإلا: لم يصح الرهن في المظروف. وفي الحق والخريطة قولا تفريق الصفقة. وما نص عليه في «المختصر» من[٢] الصحة في الحق، وعدمها في الخريطة، فسببُه: أنه وضع المسألة في حقٍّ له قيمةٌ يقصَد مثله[٣] بالرهن. وفي خريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن، وحينئذ يكون المقصود ما فيها.

وإن كان اللفظ مضافاً إليها جميعاً وما فيهما[٤] بحيث لا يصح الرهن فيه: يبطل فيهما جميعاً. وفي وجه: يصح الرهن فيهما[٥] جميعاً. وإن كانت قليلة القيمة اعتباراً باللفظ، ولو عكس التصوير في الحق والخريطة؛ كان الحكم بالعكس مما نص عليه ولا فرق.

ولو قال: «رهنتك الظرف دون ما فيه»، صح الرهن فيه مهما كانت له قيمة، وإن قَلَّتْ؛ لأنه إذا أفرده فقد وجّه الرهن نحوه، وجَعَلَه المقصود، وإن رهن الظرف ولم يتعرض لمَا فيه نفياً أو إثباتاً.

فإن كان بحيث يقصد بالرهن وحده؛ فهو المرهون لا غير. وإن كان لا يقصد منفرداً لكنه متمول؛ فالمرهون الظرف وحده أو مع المظروف؟ فيه وجهان حكاهما

(١) في (ز) و(هـ): (فرع).

(٢) في (هـ): (في).

(٣) في (ز) و(هـ): (لها).

(٤) في (ز): (فيها).

(٥) في (هـ): (فيها).

الإمام: أصحهما: أولهما[١]. ويجيء على قياسه وجهان فيما إذا لم يكن متمولًا: أن[٢] الرهن ينزل على المظروف أو يلغى[٣]؟ والله أعلم.

قال رحمه الله:

(الركنُ الرابع: العاقِد؛ فلا يصحُّ إلا ممن يَصحُّ منه البَيع. وفيه[٤] زيادةُ شرط؛ وهو كونُه من أهلِ التَّبرُّع؛ ولذلك لا يصحُّ لوليِّ الطِّفلِ أن يرهنَ مالَه إلا لمصلحةٍ ظاهرةٍ (و)؛ وهو أن يشتريَ بمئةٍ ما يساوي مئتَين، ولا يساوي المرهونُ أكثرَ من مئة، حتى لو تلفَ لم يكن فيه ما لا يجبرُه المشتري؛ إلا إذا كانَ في وقتٍ يجوزُ فيه الإيداعُ خوفاً من النَّهْبِ؛ فيجوزُ الرَّهن، وكذا المكاتَبُ (و) والمأذونُ (و)، ويجوزُ لِلوَلِيّ الارتهانُ عند عُسر استيفاءِ الحقِّ أو تأجيلِه مهما[٥] باعَ بنسيئةٍ مع الغِبطة، ويجوزُ أن يرهنَ عقارَه لِحاجةٍ ظاهرةٍ في القُوتِ حتى لا يفتقرَ إلى بيعِه).

يعتبر في المتعاقدين التكليف كما في البيع، لكن الرهن تبرع، فإن صدر من أهل التبرع في[٦] ماله؛ فذاك. وإلّا؛ فالشرط: وُقوعُه على وَفق المصلحةِ والاحتياط؛ إذ مقصودُ هذه التوطئةِ التدرجُ إلى الكلام في ثلاثة فصول:

---

(١) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٢٨٩).

(٢) في (هـ): (لأن).

(٣) قال في «الروضة» (٤/ ٦٢): «قلت: قال إمام الحرمين والغزالي في «البسيط» كما ذكرناه في الرهن، يجري مثله في البيع حَرفاً حرفاً فيما إذا قال: بعتك الخريطة بما فيها، أو: وحدها، أو: الخريطة، لأن مأخذه اللفظ. والله أعلم».

(٤) سقط: (فيه) من (ز) و(هـ).

(٥) في (هـ): (ومهما).

(٦) في (ز): (من ماله).

أولها: رهن الولي مال الصبي والمجنون والمحجور عليه بالسفه وارتهانه لهم مشترطان[١] بالمصلحةِ والاحتياط.

فمِنْ صور الرهن على وجه المصلحة: أن يشتري للطفل ما يساوي مئتين بمئة نسيئة ويرهن به ما يساوي مئة من ماله؛ فيجوز؛ لأنه إذا لم يعرض تلف؛ ففيه غِبْطة[٢] ظاهرة، وإن تلف المرهون؛ كان في المشتري ما يجبره[٣]. ولو لم يساعد البائع إلا برهن ما يزيد على مئة أعْرض عن هذه المعاملة[٤]؛ لأن الرهن يمنع من التصرف، وربما يتلف فيتضرر به الطفل. نعم لو كان المرهون ما لا يتلفُ في العادة، كالعقار؛ فعن الشيخ أبي محمد الميل إلى تجويزه. قال الإمام: وهو منقاسٌ، لكنه خلاف ظاهر المذهب[٥].

ومنها: إذا كان الزمان زمان نهب، أو وقع حريقٌ وخاف الوليّ على مَالِه؛ فله أن يشتري عقاراً و[٦]يرهن بالثمن شيئاً من مالِه إذا لم يتهيأ أداؤُه في الحال، ولم يبع صاحب العقار عقاره إلا بشرط الرهن؛ وذلك لأن الإيداع المجرد في مثل هذه الحالة جائز ممن لا يمتد النهب إلى يده؛ فهذه أولى. ولو استقرض له شيئاً ـ والحالة هذه ـ ورهن به: لم يجز. قاله الصيدلاني؛ لأنه يخافُ التلف على ما يستقرضه خوفَه على ما يرهنه. وأنت بسبيلٍ مِنْ أن تقول: إذا لَم يجد مَنْ يأخذه وديعةً ووجد مَنْ يأخذه رَهْناً وكان المرهون أكثر من قيمة من القرض؛ وجب أن يجوز له الرهن.

---

(١) في (ط الفكر): (مشروط).

(٢) وهي: حسن الحال. «المصباح المنير»، مادة: غبط.

(٣) في (ز): (يجبر به).

(٤) أي: الشراء.

(٥) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٨٤-٨٥).

(٦) في (هـ): (أو).

ومنها: أن يستقرض الولي له؛ لحاجته إلى النفقة أو[1] الكسوة، أو توفية[2] ما يلزمه، أوْ لإصْلاحِ ضياعه وَمرَمَّتِها[3] ارتقاباً لغلّتها[4]، أو لحلول مَا لَهُ مِن الدين المؤجل، أو لنفاق متاعه الكاسد، فإن لم يَرْتَقِبْ شيئاً مِنْ ذلك؛ فبيع ما تعذر[5] رهنه أولى من الاستقراض.

وأما الارتهان: فَمِنْ صُوَرِ المصلحة فيه: أن يتعذر على الولي استيفاء دين الصبي؛ فيرتهن به إلى أن يتيسر الاستيفاء[6].

ومنها: أن يكون دينه مؤجلاً؛ إما بأن ورثه كذلك أو باع[7] الولي ماله نسيئة بالغبطة، ولا يجوز الاكتفاء بيسار المشتري، بل لا بد من الارتهان بالثمن، وفي «النهاية»[8] رمز[9] إلى خلاف ذلك؛ أخذاً من جواز إبضاع ماله.

وإذا ارتهن؛ جاز أن يرتهن بجميع الثمن، وفيه وجه: أنه لا بُدَّ أن يستوفي ما يساوي المبيع نقداً، وإنما يرتهن ويؤجل بالإضافة إلى الفاضل[10].

---

(١) في (ز) و(هـ): (و).

(٢) في (ز): (لتوفير)، وفي (هـ): (لتوفر).

(٣) رَمَمْتُ الحائطَ وغيرَه رَمّاً، من باب قَـتَلَ: أصلحتُهُ. «المصباح المنير»، مادة: رمم.

(٤) في (ط الفكر): (ارتقاءً بالارتفاع غلاته)، وفي (ز): (ارتقاباً لارتفاع غلاته).

(٥) في (هـ): (يقدر)، وفي «الروضة»: (يريد).

(٦) في (هـ): (إلى تيسر الاستيفاء).

(٧) في (هـ): (بأن باع).

(٨) «نهاية المطلب» للجويني (٦/ ٨٢).

(٩) أي: إشارة.

(١٠) قال في «الروضة» (٤/ ٦٣-٦٤): «قلت: هذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الإصطخري. وقول الغزالي: إنه مذهب العراقيين، ليس بجيد، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين. وإنما اشتهر الخلاف عندهم فيما إذا باع ما يساوي مئة نقداً، ومئة وعشرين نسيئة بمئة وعشرين نسيئة، وأخذ =

ومنها: أن يقرض ماله أو يبيعه بضرورة نهب ويرتهن به أو بالثمن. قال الصيدلاني: والأولى أن يرتهن إذا كان المرهون مما يخاف تلفه؛ لأنه قد يتلف ويرفع الأمر إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن، وحيث جاز للولي الرهن؛ فالشرط أن يرهن من[1] أمين يجوز الإيداع منه[2]. ولا فرق في جميع ذلك بَيْن الأب والجد والوصي والحاكم وأمينه. نعم[3] حيث يجوز[4] الرهن والارتهان؛ فللأب والجد أن يُعَامِلا نفسهما ويتوليا الطرفين، وليس لغيرهما ذلك. وإذا تولى الأب الطرفين؛ فكيفية[5] القبض سنذكرها في رهن الوديعة من المودع.

الفصل الثاني: رهن المكاتب وارتهانه جائزان بشرط النظر[6] والمصلحة، كما ذكرنا في حق الطِّفل. ومنهم من قال: لا يجوز الرهن استقلالاً، وبإذن السيد قولان؛ بناءً على أن الرهن تبرع. وتفصيل صور الارتهان كما في الفصل الأول.

وفيه وجه آخر: أنه لا يجوز له الاستقلال بالبيع نسيئة بحالٍّ، وبإذن السيد: يخرج على الخلاف في تبرعاته. والله أعلم.

= بالجميع رهناً، ففيه عندهم وجهان. الصحيح وظاهر النص وقول أكثرهم: أنه صحيح. قال صاحب «الحاوي» وشيخه الصيمري وصاحب «البيان» وآخرون من العراقيين: فإذا جوزنا البيع نسيئة، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً، ويكون الأجل قصيراً. قال: واختلفوا في حدّ الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه، فقيل: سنة. وقال الجمهور: لا يتقدر بالسنة، بل يعتبر عرف الناس. ويشترط كون الرهن وافياً بالثمن. فإن فُقِد شرط من هذه: بطل البيع، ويلزمه أن يشهد عليه، فإن ترك الإشهاد، ففي بطلان البيع وجهان. والله أعلم».

(١) في الروضة: (عند).

(٢) في (ز): (عنده).

(٣) «نعم» بمعنى: لكن.

(٤) سقط من (هـ).

(٥) في (هـ): (فيكفيه).

(٦) أي: الاحتياط.

الفصل الثالث: في المأذون؛ فإن دفع إليه السيدُ مالاً ليتجر فيه؛ فهو كالمكاتب، إلا من وجهين:

أحدهما: أن رهنه أولى بالـمنع؛ من جهة أن الرهن ليس من عقود التجارات. وشبّهه الإمام بإجارة الرقاب. وفي نفوذها منه خلافٌ سبق في موضعه.

والثاني: أن له البيع نسيئة بإذن السيد بلا خلاف. وإن قال له: «اتَّجِرْ بِجاهِكَ» ولم يدفع إليه مالاً؛ فله البيع والشراء في الذمة حالّاً ومؤجلاً، وكذا الرهن والارتهان؛ إذْ لا ضرر فيه على السيد، فإن فَضَلَ في يده مالٌ؛ كان كما لو دفع إليه مالاً[١].

وقوله في الكتاب: (إلا لمصلحة ظاهرة)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن القاضي ابن كج حكى وَجْهاً: أنه لا يجوز رهن مال الطفل بحال من الأحوال.

وقوله: (إلا إذا كان في وقت يجوز فيه الإيداع)، هذا الاستثناء في نظم الكتاب يرجع إلى اشتراط مساواة قيمة المرهون للدين؛ فإنه يجوز أن يكون في زمان النهب أكثر من الدين، بل هو عذر يجوز الرهن[٢] على ما نلخص.

وقوله[٣]: (وكذا المكاتب والمأذون)، معلمان بالواو.

* * *

(١) قال في «الروضة» (٤/ ٦٥): «قلت: قوله: «إن رهنه أولى بالمنع» يعني: ما منعناه في المكاتب، فهنا أولى، وما لا، فوجهان، وهذا ترتيب الإمام. وقطع الشيخ أبو حامد وصاحبا «الشامل» و«التهذيب» بأنه كالمكاتب. والله أعلم».

(٢) في (ز): (للرهن).

(٣) في (ز): (وقوله في الكتاب).

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة

تابع كِتَابُ البَيْع

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

كِتَابُ الرَّهْن

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

* * *